

PORTALIS ET SON TEMPS

L'Homme

Le Penseur

Le Législateur

Thèse pour le Doctorat en Droit

présentée et soutenue le 2 mai 1936, à 14 heures

PAR

Lydie SCHIMSEWITSCH

Licenciée ès Lettres.

JURY

Président : M. ESMEIN : Professeur.

Suffragants : MM. RIPERT, Professeur.

REGNAULT, Professeur.

PARIS

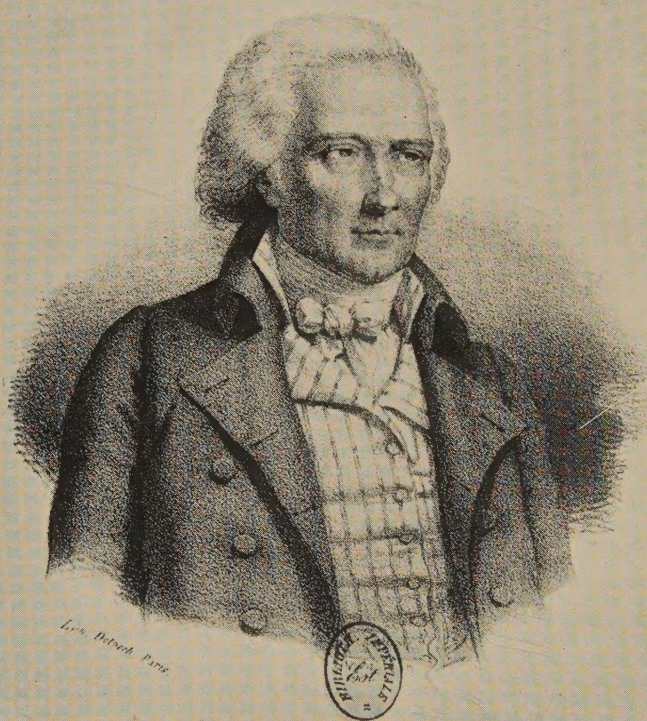
LES PRESSES MODERNES

96, GALERIE BEAUJOLAIS, PALAIS-ROYAL

1936

PORTALIS ET SON TEMPS

*La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses :
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.*



Jean-Étienne Portalis.

82.

portalis

PORTALIS ET SON TEMPS

L'Homme

Le Penseur

Le Législateur

Thèse pour le Doctorat en Droit

présentée et soutenue le 2 mai 1936, à 14 heures

PAR

Lydie SCHIMSÉWITSCH

Licenciée ès Lettres.

JURY

Président : M. ESMEIN : Professeur.

Suffragants : MM. RIPERT, Professeur.

REGNAULT, Professeur.

PARIS

LES PRESSES MODERNES

96, GALERIE BEAUJOLAIS, PALAIS-ROYAL

1936



6001

A MES PARENTS

AVANT-PROPOS

Portalis l'Ancien est une personnalité de premier plan, qui déborde le domaine du Droit, comme le domaine de la Politique ou celui de la Philosophie, parce qu'elle appartient à l'Histoire générale de son époque. Sa vie raconte les étapes et les épreuves de la France de la deuxième moitié du XVIII^e siècle et son esprit reflète les problèmes qui harcelèrent et les solutions que tentèrent successivement les hommes de sa génération.

Enfant de la Provence à laquelle son cœur resta toujours fidèle, Portalis fit une carrière brillante au barreau d'Aix et fut porté très jeune par ses concitoyens à la tête de leur administration. Sa renommée de philosophe éclairé, de fin causeur et d'improvisateur de grand talent le devança à Paris, où il fut envoyé en mission par sa province en 1782. Il fut reçu par tous les grands personnages de l'époque, qui se disputèrent sa conversation enjouée et le charme de sa présence. Il laissa dans la capitale un souvenir durable, et rapporta chez lui des impressions intéressantes sur son séjour, ainsi que des réflexions piquantes concernant les gens qu'il avait rencontrés. Il eut bientôt l'occasion de se mesurer avec les grands maîtres de l'éloquence, en même temps qu'il s'intéressait vivement aux soubresauts politiques de la nation.

Pendant la Révolution, il s'installa à Paris avec sa famille. Il fut nommé membre du Conseil des Anciens, dont il devint un président sage et respecté. Il fonda le *Parti constitutionnel* qui eut pendant quelque temps entre ses mains les destinées de la République. L'éclat des discours de Portalis le rendit populaire. Sa célébrité gagna l'étranger, où la beauté de son langage, la modération de son esprit et la sincérité de ses sentiments lui conquièrent beaucoup d'admiration et d'estime. Proscrit au 18 fructidor, il parcourut la Suisse et l'Allemagne, où il put apprécier l'étendue de sa réputation. Il se mit vite en rapport avec les principaux poètes et philosophes d'Allemagne, dont il fut un des premiers à reconnaître l'originalité.

Rappelé à Paris dès le coup d'Etat de Brumaire par le Premier Consul, il joua un rôle primordial dans sa politique. Napoléon, qui en fit son confident, lui confia notamment la tâche d'établir, de négocier et d'organiser le Concordat avec le Pape, travail essentiel et délicat qu'il mena à bonne fin. Il fut à la

tête de différents ministères et prit une part active à l'établissement de l'Empire. Enfin, chargé d'en préparer l'important Discours Préliminaire, il est considéré à juste titre comme le principal rédacteur du Code civil, qui régit encore la France du XX^e siècle.

La nouveauté de l'exposé que nous allons faire de la vie, de la pensée et de l'œuvre de Portalis tient pour une part aux documents inédits que nous avons eu le privilège de compulsier, et dont nous publions des passages. Il s'agit de lettres diverses, adressées à des écrivains ou à des hommes politiques en vue de l'époque ou reçues d'eux, de brouillons ou de projets des discours relatifs au Code civil, et surtout de la correspondance échangée durant la période troublée, entre les différents membres de la famille Portalis, qui nous renseigne sur leurs préoccupations respectives et nous apprend beaucoup.

Ces vieux papiers, gardés pieusement par les descendants de notre auteur dans l'ancestrale bastide qu'il habita près de Toulon, avaient été réunis par le fils de Portalis l'Ancien, nommé Joseph-Marie Portalis, qu'on appelait dans l'intimité Charles. Celui-ci se fit aussi une place dans l'histoire. D'abord successeur de son père au ministère des Cultes, il fut ensuite ministre plénipotentiaire et Directeur de la Librairie (c'est-à-dire chef de la censure) sous le Premier Empire, puis membre de la Chambre des Pairs et Premier Président de la Cour de Cassation. Dès la mort de son père, Napoléon lui attribua le titre de Comte.

Il laissa des *Souvenirs* inachevés, ou plutôt une ébauche de ce qui devait un jour devenir ses *Souvenirs*, qui présentent pour nous ce grand intérêt de commencer par une *Vie de mon Père*. Transcrivons ses propres paroles :

« Je regarde le travail que j'entreprends comme l'accomplissement d'un devoir sacré. Je dois compte à mes enfants et peut-être même à mes concitoyens des bons exemples que j'ai reçus de mon père. D'ailleurs, ce que la piété filiale et la piété paternelle m'inspirent, la reconnaissance me le commande : car je ne puis élever à la mémoire de mon père d'autre monument. Il sera sans doute imparfait et défectueux, mais il sera selon son cœur, puisque l'affection de son fils l'aura élevé.

« Mon père ne m'aima pas seulement comme un fils, mais comme un compagnon et un ami. Certainement la mort ne brise pas de tels liens...

« En léguant à mes enfants le véritable portrait de mon père dans un récit fidèle de sa vie, j'ose espérer qu'animés un jour de son bon esprit, ils prouveront encore mieux par leurs œuvres que par leur nom, qu'ils descendent de lui. Le zèle du bien public, l'amour de la vertu et de la vérité, l'honneur vrai, le désintéressement, la simplicité des mœurs, la cordialité des sentiments, la saine piété sont des biens qui se subtilisent... »

Nous devons une particulière reconnaissance à la Baronne F. Portalis qui a consenti, avec une bienveillance que nous n'oublierons jamais, à nous permettre de fouiller les imposantes armoires renfermant les volumes reliés des plaidoiries, mémoires et consultations de notre auteur, et à nous laisser dépecer les profonds tiroirs et les dossiers bondés où se trouvent les précieux papiers et l'innombrable correspondance, que nous n'avons même pu entièrement dépouiller. Pour cette grande facilité donnée à notre travail, nous la remercions, ainsi que les membres de sa famille qui s'y sont intéressés.

Que notre cher Professeur de Droit, M. Paul Esmein, trouve également ici notre remerciement sincère pour la façon si simple avec laquelle il nous a fait profiter de la richesse de son esprit et mis à portée de nous inspirer de sa science. Sa compréhension et son encouragement, constamment renouvelé, nous ont seuls permis d'aller jusqu'au bout d'une tâche qui nous parut souvent bien lourde.

Nous remercions vivement M. Ph. Sagnac, Directeur du Centre d'Etudes de la Révolution française, MM. G. Ripert et Olivier Martin, Professeurs à la Faculté de Droit de Paris, pour leur si aimable accueil et les utiles conseils qu'ils nous ont donnés; M. Mornet, Professeur à la Faculté des Lettres de Paris et M. E. Ripert, Professeur à la Faculté des Lettres d'Aix-en-Provence, pour les intéressants renseignements qu'ils ont bien voulu nous communiquer; M. Solus, Professeur à la Faculté de Droit de Paris, pour son appui et ses bons encouragements; M. Busquet, Conservateur des Archives départementales des Bouches-du-Rhône, M. Raimbaud, Conservateur du Musée d'Arbaud, à Aix, M. Chassaing de Borredon, Archiviste aux Archives nationales, M. Bruno Durand, Conservateur de la Bibliothèque Méjanès, d'Aix, et M. Viard, pour l'aide qu'ils nous ont spontanément apportée dans nos recherches de bibliothèques.

Quant à M. Marcel Jousse, Professeur à l'Ecole d'Anthropologie, notre Maître, dont les conceptions neuves ouvrent à la recherche, des allées inexplorées, nous tenons à lui présenter toute notre admiration.



INTRODUCTION

Il semble que, par une réaction progressive contre l'esprit individualiste qui animait les révolutionnaires, selon lesquels l'Etat est fait par et pour les individus, on se soit élevé en France péniblement, tout au long du XIX^e siècle, à l'étude du *social*. De Bonald et les *Socialistes français*, d'abord et dans des sens différents, attribuant à l'effort humain des buts sociaux, marquèrent la voie à suivre. Puis Auguste Comte, proclamant que l'étude de la société est le couronnement de toutes les sciences, fit de celles-ci des étapes, auxquelles la *Sociologie* donne un sens. Alors les *Sociologues*, cherchant par l'observation objective des civilisations les plus diverses, dans le passé et dans le présent, à établir les lois du *devenir* social, ont mis un accent nécessaire sur une donnée peu comprise des philosophes antérieurs.

A ce moment, l'influence attribuée au facteur *société* se développa, en même temps que l'intérêt qu'il suscitait de toutes parts, et on en vint à oublier son *rôle*, pour en faire une *fin*. La société, de cadre, devint un corps, dont les individus furent les cellules. Grisé par cette découverte, on anima la société d'un mouvement propre, qui emportait dans sa progression des individus passifs, mais remplis d'illusion. On la promut au rang de puissance souveraine, drainant les activités individuelles, qui n'existent qu'en fonction d'elle et qui lui doivent tout.

Il faut réagir contre cette submersion de l'homme dans une fourmilière. Il faut le soulever de cette souveraineté, dont il suivrait instinctivement les lois, vers une fin collective qu'il ignorerait. L'individu, s'il se conforme aux lois sociologiques, n'en demeure pas moins le maître de son progrès, et les progrès d'une société ne peuvent provenir que des efforts individuels. Car ce *tout* social est amorphe. Ses injonctions ne sont pas *intelligées*. Elles encerclent l'individu, c'est vrai, mais pour le paralyser, le cristalliser dans l'attitude reçue, celle de tout le monde, pour lui imposer des règles rigides dégagées par des générations révolues. Et comment se sont formulées ces normes qu'on impose au nom de la société ? Elles ont été arrachées péniblement au réel par quelque figure de légende qui domine la succession des temps. A ce moment aussi le milieu social restait inerte, hostile au découvreur, pour s'aggriper ensuite aux lois qu'il énonçait. Le milieu

social est formé de ceux que *fige* l'emprise des grands hommes qui ont passé.

Mais l'homme fort veut se servir de ce fonds commun pour monter plus haut, pour former du neuf. Il réagit de façon imprévisible devant l'héritage de ses ancêtres et les influences de ses contemporains. Il n'est modelé que pour une part par ce que Montesquieu appelle « l'esprit général ». La *conscience collective* n'est pour cet homme puissant qu'une toile de fonds, nécessaire sans doute à son évolution individuelle, mais qui autorise de grandes variations et qu'il espère *déplacer*. C'est aussi une toile d'araignée qui se file insensiblement et devient bientôt assez dure pour le pétrifier, si l'individu s'endort...

Aussi, l'Histoire n'est pas seulement l'étude de ces usages stables, de ces institutions lentement dirigées, de ces lois qui *constatent* les pas pesants d'une société mal dégrossie; si l'Histoire *vit*, c'est par ses personnages. Il y a parfois des grands hommes obscurs, comme il se trouve des progrès qu'on a dissimulés. Si donc on veut recueillir le véritable enseignement du passé, il est bon de choisir un homme, et de l'étudier dans *sa* société, au milieu de ses contemporains, au cours de sa plongée dans le siècle auquel il appartient, et dans son réveil, parfois, par delà les contours intellectuels qui l'embrigadaient, en train de déceler un mot magique, qui ouvrira aux successeurs les portes insoupçonnées du *mieux*.

Ces hommes qui, réalisant avec énergie les possibilités, latentes le plus souvent, de l'anthropos éternel, projettent sur les générations postérieures l'exemple de leur jaillissement splendide, peuvent se révéler sous deux formes. Ils peuvent agir dans l'ordre pratique ou dans l'ordre de la pensée. Cette distinction n'est d'ailleurs donnée ici qu'en vue de l'exposition, car un personnage de la vie emprunte souvent les deux moyens pour se répandre. Mais, en gros, il reste vrai de dire qu'il y a les gens qui cherchent d'abord à *comprendre* les choses, et ceux qui cherchent surtout à *agir* sur le réel.

Nous n'avons pas à parler ici des *hommes d'action* : ce sont les héros, dont s'ennorgueillit la mémoire des peuples; ce sont les inventeurs de machines, destinées à permettre un jour aux humains, en asservissant la matière, de s'évader des préoccupations uniquement matérielles, pour éveiller des joies encore inconnues et élever leur âme; ce sont aussi les gens de bien qui prétendent soulager, par leur intervention, les souffrances et les inquiétudes de leurs frères.

Mais il est une façon d'agir dans l'ordre pratique, qui, sans être le but d'une volonté, s'exerce d'une façon accessoire à des occupations qui peuvent être théoriques. C'est la personnalité de l'homme qui innove ou qui propage, l'attitude qu'il présente et l'exemple qu'il donne. Sa personnalité a été tout d'abord *dirigée*

par son tempérament et son caractère, ses aptitudes et ses penchants, qui tiennent à son organisation physiologique. Elle a été *enrichie* par l'expérience et les rencontres que la vie lui a fournies. Beaucoup d'ailleurs de ces circonstances, considérées comme extérieures, ont été préparées par son état d'esprit, et attendues par l'intuition que suivent ceux qui deviennent grands. L'influence de l'attitude d'un homme et de sa vie peut être très grande sur les répercussions de ses actes et de sa pensée. La foule a parfois des vues concrètes et aime, avant d'adopter des « idées », à juger celui qui les défend. Le style pour un écrivain, d'autre part, l'éloquence pour un tribun ont un rôle énorme sur la façon dont seront acceptées leur hardiesse ou leur nouveauté. Toutes ces considérations rentrent donc dans l'étude de l'influence qu'un homme a exercée sur son milieu ou sur la postérité.

Dans l'ordre de la pensée, le génie *découvre*, l'homme de talent *exprime*, *présente* ou *vulgarise*. La spontanéité individuelle du génie casse et disloque l'apport global dont l'entourait de force son milieu social, pour y substituer des liaisons telles que seuls ses successeurs pourront vraiment les comprendre. Il s'affirme comme puissance humaine devant la société. Mais le *découvreur* isolé ne peut batailler pour irradier les couches successives que devrait intéresser son œuvre. Il lui faut l'aide de *l'homme de talent*. Celui-ci est de son temps. S'il n'a pas la force de pénétrer le réel avec des yeux neufs, il a du moins l'intelligence d'apercevoir le génie, de l'écouter, de le confronter, de l'utiliser et de le faire connaître. Il sait ce qu'offrent les *précurseurs* et adapte leurs théories, souvent inconsciemment d'ailleurs, avec ce que peut entendre le public. Il *fait le pont*. C'est le cerveau qui emmagasine les idées neuves et qui, pour en faire don à la société, les écoule en les réfractant.

L'étude d'un homme de ce genre possède un premier attrait, qui est de faire connaître aux bénéficiaires celui à qui ils doivent un progrès plus rapide et une base de travail plus riche, par l'emploi qu'il a fait et la diffusion qu'il a donnée aux systèmes de novateurs ou aux observations profondes d'hommes rares. Elle apporte cet intérêt plus général de laisser apercevoir, à travers son vaste esprit, les morceaux dont il s'est servi. On retrouve ainsi la façon de comprendre la vie qui était sans doute celle de son époque, en même temps que les idées qui étaient « dans l'air » et les courants de la pensée qui allaient dominer la communauté du lendemain.

Les recherches que nous avons faites concernant Portalis l'Ancien répondent au désir initial que nous avons de pénétrer dans l'organisation d'un grand homme. Mais il s'y est ajouté bien vite le bonheur de consacrer des efforts en vue de retrouver la *formation*, l'*histoire* et l'*influence* d'une personnalité si attachante. Portalis représente en effet un modèle à méditer pour ceux qui

souscrivent à l'opinion suivante : « Un juriste ne doit pas seulement être le technicien habile qui rédige ou explique avec toutes les ressources de l'esprit des textes de loi; il doit s'efforcer de faire passer dans le droit son idéal moral et, parce qu'il a une parcelle de la puissance intellectuelle, il doit utiliser cette puissance en luttant pour ses croyances » ¹.

Ces réflexions nous proposent notre plan :

Première Partie. — L'HOMME.

Deuxième Partie. — LE PENSEUR.

Troisième Partie. — LE LÉGISLATEUR.



(1) G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations*, Paris éd. 1935, p. 30.

PREMIERE PARTIE

L'HOMME

CHAPITRE PREMIER

SA VIE

« Je reçois bien la récompense de n'avoir jamais fait de mal à personne, et ce sont encore moins mes talents qui me recommandent que mes qualités du cœur ».

PORTALIS (*Correspondance d'exil*).

SECTION I. — LE BARREAU DU PARLEMENT DE PROVENCE

I

Jean-Etienne-Marie PORTALIS est né le 1^{er} avril 1746, au Beausset, joli petit village du Var, perché sur sa colline ensoleillée, entouré aujourd'hui de vignobles, autrefois principalement lieu de passage des marchands qui transportaient vers le Nord de la province, aride et dénué de ressources, les denrées plus variées des contrées baignées par la mer.

Sa famille, d'origine italienne, dit-on, était installée dans le pays depuis le XVI^e siècle, et généralement connue et honorée, ayant présenté une succession de notabilités municipales. A part un médecin, quelques ecclésiastiques et plusieurs militaires, les membres de cette famille furent surtout des hommes de loi : magistrats ou notaires. Les institutions particulières, conquises de bonne heure par les villes du Midi¹, en même temps que leurs libertés, s'étaient depuis longtemps infiltrées et acclimatées dans les campagnes, retenant ainsi dans les bourgs et les villages « un certain nombre de familles, peu aisées à la vérité, mais indépendantes et fières, qui vivaient du modique produit d'un champ héréditaire, de quelques rentes constituées, modestes fruits d'une parcimonieuse économie, ou des honoraires peu lucratifs que l'exercice des professions libérales procurait à leur chef. Elles dédaignaient la spéculation du commerce et les combinaisons d'une laborieuse industrie. La portion d'autorité municipale qu'elles exerçaient tour à tour, était comme leur patrimoine, et familiarisées

(1) Voir : BRUNO DURAND, *La Vie Municipale à Aix en Provence avant 1789*, Marseille 1935.

avec de certaines routines administratives, elles se croyaient exclusivement appelées au maniement des affaires et au gouvernement de leurs petites républiques¹ ». Les Portalis appartenaient à cette sorte de noblesse sans seigneurie.

Du père de notre auteur, professeur de Droit Canon à l'Université d'Aix, nous savons peu de choses, sinon qu'il a épousé en secondes noces Marie-Magdeleine David², d'une très ancienne famille bourgeoise de La Cadière, bourg voisin du Beausset. L'histoire ne nous dit pas si elle apporta en dot un cours de droit écrit de sa main, coutume qui, nous rapporte Nostradamus, avait été longtemps pratiquée en Provence par les filles de qualité³... Mais nous avons sur elle d'autres renseignements : « Sa mère était remarquable par sa rare beauté, l'enjouement de son caractère et sa vive sensibilité. Elle fut mariée fort jeune, si jeune, si folâtre, que ses saillies et ses caprices d'enfant déconcertèrent fort souvent la gravité de son mari, durant les premiers temps de son mariage »⁴. Elle resta d'ailleurs toujours la même, désinvolte, rieuse, pleine de malice et dégageant de la joie, son petit-fils, qui l'a bien connue, l'atteste à chaque page de ses *Souvenirs*. Ayant mis au monde onze enfants, elle se déchargea de l'éducation des premiers-nés sur ses honorables parents, qui s'en acquittèrent avec joie.

Etienne, l'aîné, passa ainsi à La Cadière une grande partie de son enfance. Chez ses grands-parents maternels, il se développa à tous points de vue, environné de simplicité, de tendresse et de calme. Son grand-père avait une prédilection pour Montaigne. Sa grand-mère était une sainte femme, en même temps qu'instruite. Au lieu d'aller jouer avec ses camarades, son petit-fils s'installait près d'elle et lui lisait ses auteurs favoris. A cette époque, les occupations préférées du petit Etienne étaient, d'une part, la culture d'un verger et d'un minuscule jardin, où il se rendait chaque jour avec sa sœur Angélique, d'autre part, déjà ! les prédications... En effet, « mon père annonça de bonne heure du goût et des dispositions pour la parole publique. Dès sa première enfance, il montait sur une table ou sur une chaise et prêchait durant des demi-heures entières sa grand-mère, sa sœur et ses petits compagnons »⁵.

A l'âge de sept ans, il partit au Collège de l'Oratoire de Tou-

(1) Comte Joseph-Marie PORTALIS, *Souvenirs Inédits*, f° 5.

(2) *Le Livre de Raison*, de J.-B. DAVID, de La Cadière (son père).

(3) Nostradamus, *Histoire et Cronique de Provence*, p. 516 : « Un fort vieil instrument de ce même temps (1392) de foy irréprochable, fait mention que Alazaric de Plexis, dame de Romolles, femme du magnifique Boniface de Castellane, baron d'Allemagne, faisant son dernier testament, laissa à une jeune damoysele, sa fille, certaines quantités de livres où était escript tout le corps du droit, formé et peint en belles lettres de main, sur parchemin; l'enchargeant que, au cas qu'elle vint à se marier, elle eût à prendre un homme de robe longue, docteur jurisconsulte, et que à ces fins, elle lui laissait ce beau et riche thrésor, ces exquis et délicieux volumes en diminution de sa dot ».

(4) Comte J.-M. PORTALIS, *Souvenirs Inédits*, f° 15.

(5) *Ibid.* f° 16.

lon, puis, après une grave maladie infectieuse, au Collège de l'Oratoire de Marseille. Là, un de ses professeurs s'intéressa bientôt vivement à lui, et lui donna des leçons particulières. « Ce sage instituteur, nous dit le Comte J.-M. Portalis, lui mit de bonne heure entre les mains les ouvrages des philosophes du siècle qu'il était destiné à lire un jour et le familiarisa ainsi avec l'esprit d'irreligion qui prévalait dans le monde au sein duquel il était appelé à vivre » ¹.

Son fils nous retrace, en outre, le genre de succès qu'il obtenait alors, tout en dépeignant, grâce aux récits de son père, quelques exercices de collège, en usage à l'époque :

« C'est surtout dans la philosophie et dans la dialectique que mon père excella pendant ses études de collège. Il soutenait des thèses publiques qui attiraient de nombreux auditeurs. Malebranche étant sorti de l'Oratoire, les oratoriens se trouvaient nécessairement cartésiens. Mais il y avait à Marseille des monastères où l'on ne professait que la philosophie d'Aristote et les doctrines de St Thomas, et il ne se passait pas d'actes à l'Oratoire, que les jeunes moines thomistes et les disciples péripatéticiens de ces couvents ne vinsent, pour parler comme Molière, argumenter à outrance contre Descartes et Malebranche. Un peu de théologie se mêlait inévitablement à ces discussions scholastiques. Les arguments, étudiés de longue main, étaient doctes, serrés, pressants : mon père brillait à les disséquer, à les rétorquer, à les repousser. Son esprit, toujours présent et libre, usait à propos des armes étincelantes que lui fournissait sans relâche une mémoire inépuisable et infaillible, et les maniait avec dextérité. Son élocution était facile, claire, élégante, colorée. Jamais le professeur qui l'assistait ne se leva de son fauteuil pour accourir à son aide. Il fut peut-être le seul cathédrant de son temps, qui n'eût jamais besoin que l'orchestre, partie obligée de ces sortes de tournois scolaires, le tirât d'embarras, en couvrant la voix d'un argumentateur captieux, par ses fanfares auxiliaires » ².

C'est ainsi que le Comte peut dire plus loin : « Destiné au barreau par ses parents et par la nature, mon père au sortir du collège vint étudier en droit dans l'Université d'Aix » ³ : il s'agissait bien là d'une vocation. Avant de s'y livrer, il commença par publier deux courtes brochures, qui sont, pour ainsi dire, introuvables, dont nous ferons plus loin l'analyse, et qui eurent l'honneur de susciter de vives critiques. Le Musée d'Arbaud, à Aix-en-Provence, possède une brochure intitulée : *Lettres sur les deux ouvrages de Monsieur Portalis, étudiant en droit à l'Université d'Aix*. L'auteur en veut surtout à la présomption d'un essayiste de dix-sept ans, et l'accuse de plagiat. Mais ses attaques

(1) *ibid.* f° 18.

(2) *ibid.* f° 20.

(3) *ibid.* f° 44.

mêmes nous montrent le succès qu'avait eu le jeune écrivain¹. Il se trouva également des défenseurs. Nous avons feuilleté une brochure, conservée par le comte qui l'a découverte, intitulée : *Réponse aux deux lettres sur les deux ouvrages de Monsieur Portalis, étudiant en droit à l'Université d'Aix*², opuscule qui fut, nous affirme-t-il, entièrement étranger à son père, qui n'en eut même jamais connaissance. Les écrits du jeune homme, désignés comme « les fruits précoces d'un mérite naissant », y sont soigneusement défendus des critiques malveillantes.

Il eut de nombreux camarades d'études, avec la plupart desquels il resta d'ailleurs en relations toute sa vie. Parmi eux, le Comte cite : le jeune marquis d'Albertas, le fils Colonia, de Mirabeau, Delille, d'Azincourt (qui, devenu comédien, créa le rôle de Figaro). « La jeunesse d'Aix était turbulente; mon père ne l'était pas, mais il était bon camarade. Il se prêtait avec complaisance à leurs incartades. Il les accompagnait et y assistait quelquefois, mais sans s'y associer : il tâchait de les tempérer dans leurs écarts »³.

A cette époque, autour de 1765, la ville d'Aix était remarquable par l'instruction et le bon ton de ses habitants. « Il y avait alors à Aix plusieurs femmes aimables, qui s'intéressaient au progrès des sciences et des arts. Elles rassemblaient autour d'elles le petit nombre de ceux qui recherchaient les choses de l'esprit et qui s'y plaisaient ». C'était, comme dans la capitale, la brillante époque des *salons*, où conversait une société choisie. Mme d'Albertas, femme du premier président de la Cour des Aides, accueillit très favorablement Portalis, le meilleur ami de son fils, qui évolua très facilement dans ce nouveau milieu, où il fit de nombreuses connaissances et où il était, paraît-il, très recherché : on goûtait son esprit, son instruction variée, la bonne grâce de sa conversation; « il portait dans le monde, dit son fils, cette complaisance qui rend aimable et ce respect de soi-même qui fait qu'on est estimé ».

II

Une fois ses études de droit terminées, il « fut admis à travailler dans le cabinet de M. de Colonia, l'un des plus célèbres

(1) On y lit ces propositions : « Son ouvrage, qui passe pour le prodige du siècle, n'est au vrai qu'un recueil assez mal ordonné de pensées étrangères » (p. 5) « Voilà l'ouvrage qui fait tant de bruit dans notre ville; on a été justement surpris qu'un jeune homme eût pu donner l'être à tant de réflexions dont l'homme le plus consommé aurait lieu de se faire honneur; mais quel a été le fruit de cette surprise ? Elle aurait dû suspendre notre jugement : on l'a tournée en admiration; et prodiguant le nom de Sénèque à notre auteur, on lui aurait volontiers déferé les honneurs de l'apothéose ». (p. 35)

(2) in 12, Avignon, 1764.

(3) Comte Portalis, *Souvenirs Inédits*, f° 16

avocats de l'époque »¹ en même temps que professeur de droit renommé, les fonctions universitaires se cumulant le plus souvent avec celles d'avocat postulant². Dans cette maison où il fut traité comme un fils, il apprit le métier où il devait si vite se faire un nom. A cette époque, les gloires du barreau étaient Colonia, Pochet, Pazery, Pascal, Pascalis, Gassier, Siméon et Bartet. Le Comte, se remémorant les conversations de son père, qu'il ajoute à ses souvenirs propres quand il a personnellement connu l'un de ces avocats, nous les dépeint finement, sans oublier leurs petits travers³. Nous apprenons que Pochet devint très sérieusement amoureux de la Reine; que Pazery, qui fut l'ami intime de Portalis, le révoltait par ses opinions anti-religieuses; que Pascal, « le plus fort dialecticien de son temps », avait une peur affreuse du tonnerre, « faiblesse que mon père partageait avec lui »; que Pascalis, « de douloureuse mémoire »⁴, qui devait devenir à juste titre si populaire avant la Révolution, que les dames bretonnes portaient en 1788 des « robes à la Pascalis », avait un caractère épouvantable; et autres rapports de ce genre.

Cependant, l'esprit de Portalis ne devait pas s'adapter à celui qui régnait au barreau à son arrivée. On emprisonnait la science du droit dans le cercle étroit des opinions incertaines et variables des *commentateurs*; la plaidoirie était hérissée de citations étrangères au sujet, et de digressions oiseuses; le barreau vivotait de subtilités depuis que la vénalité des charges ayant abaissé le niveau des magistrats, ceux-ci s'opposaient par routine à l'intrusion de la philosophie dans la jurisprudence, que l'école moderne préconisait depuis Montesquieu⁵. Portalis, bien décidé à rompre avec ces habitudes, dédaigna les conseils timorés que les praticiens de la vieille école prodiguaient aimablement à son inexpérience, quand il leur parlait de Démosthène et de Cicéron⁶.

Il exposa plus tard dans leur ensemble, en homme qui a dû personnellement lutter contre leur contrainte, les causes des défauts généraux de la plaidoirie courante. G. Fleury, qui étudia de très près la façon dont le droit était enseigné et pratiqué au 18^e siècle, signale qu'entre 1730 et la Révolution, l'enseignement, à l'Université d'Aix, était routinier et insuffisant, ayant lieu en latin pour le droit romain et le droit canon, ne présentant qu'un

(1) *Ibid.* f° 51.

(2) Voir : G. FLEURY, *Annales de la Faculté de Droit d'Aix de 1730 à 1793*, p. 58.

(3) *Ibid.* f° 48 et 49.

(4) Ce vaillant et dernier défenseur de la constitution provençale périt assassiné dans une émeute populaire. Voir le livre de De Ribbe, *Pascalis ou Fin de la Constitution Provençale*, Aix et Marseille 1854, dont les opinions concernant la personne de Pascalis ne sont d'ailleurs pas toujours corroborées, il faut l'avouer, par les *Souvenirs* du Comte PORTALIS...

(5) Voir : CH. DE RIBBE, *L'Ancien barreau du Parlement de Provence*, Paris 1862, p. 43.

(6) Voir sur ce point l'anecdote rapportée par tous les biographes de Portalis notamment : Comte PORTALIS, *Notice sur la Vie de Portalis*, en tête de *De l'Usage...*

seul cours de droit français, dicté en français, si bien que « les matières dont les progrès de la science juridique avaient pourtant reconnu l'importance, comme le droit criminel, le droit public et le droit des gens, étaient entièrement laissées de côté »¹. Ses renseignements sont corroborés par le texte de Portalis : « Plusieurs causes, affirme-t-il, s'opposaient à une révolution salubre ». D'abord, la pratique du latin : « Les principaux ouvrages dans lesquels on était condamné à étudier la jurisprudence étaient écrits en langue morte; ils n'offraient au lecteur que les aspérités et la sécheresse de l'école; ils rendaient inutiles pour lui les progrès journaliers de notre langue nationale.

« D'autre part, la législation n'avait point d'ensemble : elle ne consistait que dans un amas informe de textes incohérents recueillis sans choix et distribués sans ordre; dans une multitude de coutumes diverses et de décisions contradictoires, rédigées en idiômes populaires ou surannés. On ne pénétrait dans ce chaos qu'à l'aide d'une foule de commentateurs dont les définitions obscures et les interminables discussions fatiguaient l'esprit sans le fixer et semblaient ne l'exercer qu'en l'égarant. La littérature avait naturellement peu d'accès auprès de ceux qui ne craignaient pas de se vouer à un tel genre de recherches et d'instruction; et tous les jours, des hommes que ce genre d'instruction et de recherches décourageait, désertaient le barreau pour la littérature.

« En entrant dans la carrière des lois, on n'eût osé se livrer à l'idée d'un changement utile, lors même qu'on en eût senti la nécessité. On avait sous les yeux des maîtres qu'on était forcé de prendre pour modèles; on les trouvait en possession de l'estime, de la confiance attachée à leur état; il fallait marcher sur leurs traces si l'on voulait partager leurs succès. On était destiné d'ailleurs à parler à des magistrats qui avaient blanchi dans l'exercice de leurs fonctions, dont on ne pouvait sans danger choquer les idées ou contrarier les habitudes; à des magistrats qui, toute leur vie, avaient courbé la tête sous le joug d'une accablante érudition et ne permettaient à personne de le secouer »².

Désirant réaliser à Aix, ce que d'Aguesseau, à la tête d'une phalange illustre, avait, cinquante ans auparavant, fait triompher à Paris, Portalis accomplit cependant sa petite révolution. Il voulut que le bon sens réglât les différends. Il voulut que la science du droit, comme dans l'ancienne Rome, fût fondée sur des principes éternels et élevés, dont chaque *question* devînt un *exemple* d'application. Il voulut que le droit public ne fût pas étranger aux contestations particulières : « L'étude du droit privé, déplora-t-il plus tard, avait entièrement fait oublier celle du droit public. En isolant ainsi, dans leurs contestations particulières, l'intérêt du citoyen, des grands principes qui veillent

(1) *Ouvrage cité*, p. 4.

(2) *Eloge d'Ant. Louis Séguier*, p. 6 et suiv.

sur l'intérêt de la société générale, on dépouillait les jugements et les discussions destinées à les préparer, de toute leur importance et de toute dignité; les choses se rapetissaient avec les hommes; l'on avait même douté parmi nous s'il pouvait exister une éloquence judiciaire » ¹.

Suivant encore Daguesseau « aussi bon littérateur que grand magistrat », qui avait dit : « L'éloquence n'est pas seulement une production de l'esprit, c'est un ouvrage du cœur... Maîtres dans l'art de parler au cœur, ne craignez pas de manquer jamais de figures, d'ornements, et de tout ce qui compose cette innocente volupté dont l'orateur doit être l'artisan » ². Portalis prétendit à son tour *intéresser* ses auditeurs, les *éclairer* et les *séduire*. « Pourquoi donc, s'étonnait-il, dans la science des lois, négligerait-on plus qu'ailleurs les moyens d'agir efficacement sur les esprits et sur les cœurs ? Ne faut-il pas qu'un magistrat, un jurisconsulte puisse défendre avec avantage les droits de la justice et de la vérité ? Les ressources que lui offre l'art de bien parler et de bien dire, ne lui sont-elles pas nécessaires pour déterminer les autres à bien juger ou à bien agir ? En général, il ne suffit pas de convaincre, il faut entraîner. Pour le triomphe de la raison, on a toujours besoin de quelque chose de plus que la raison même » ³.

Il avait d'ailleurs une très haute idée de la profession à laquelle il *se voua* comme à un apostolat. « Quiconque, disait-il, ose mettre des bornes à la science de l'avocat n'a jamais conçu une parfaite idée de la vaste étendue de cette profession ». « Que les orateurs du barreau se rassurent, disait-il encore, leur carrière n'est pas moins brillante que celle de la chaire, que celle même de la tribune. Je sais que les causes qu'ils ont à discuter ou à défendre viennent expirer dans l'étroite enceinte des tribunaux, mais elles naissent sur le vaste théâtre de la société; elles se lient à l'histoire de l'homme; elles forment le tableau le plus fidèle des mœurs de chaque pays et de chaque siècle. Un recueil bien fait des causes célèbres serait, à chaque époque, le recueil le plus instructif pour l'observateur philosophe. Il avertirait le législateur de la bonté ou de l'insuffisance de ses lois; le magistrat, de la tendance qu'il doit donner à ses décisions; le citoyen, des vices qu'il doit redouter et des pièges contre lesquels il doit se prémunir de la part des hommes avec lesquels il est obligé de vivre. Les controverses judiciaires ne sont obscures, que lorsqu'on ne rencontre pas des hommes qui sachent les ennoblir. Les orateurs pourront manquer aux circonstances, mais les circonstances ne manqueront jamais aux orateurs » ⁴. Animé d'une semblable

(1) *Eloge d'Ant. Louis Séguier*, p. 14

(2) Chancelier D'AGUESSEAU, *Discours*, éd. Reims 1809, p. 72 et 101. (disc. de 1698, intitulé « *La décadence du barreau* »).

(3) *Eloge d'A. L. Séguier*, p. 40.

(4) *ibid.*, p. 30.

foi dans son action, Portalis fut orateur par don, et avocat par mission.

III

Etudions d'abord l'*orateur*. Portalis cherchait à retenir dans des formules lourdes d'utilité et de beauté, son désir d'*élever* et sa passion de *servir*. Il excellait à faire résonner d'enveloppantes maximes, convaincantes déjà par leur marche sûre, calme et mesurée, d'un souvenir facile, car harmonieusement scandées, d'une séduction définitive dès le premier abord par l'aspect de simplicité vraie et d'évidente sincérité qui les caractérisent. Nous aurons l'occasion de citer souvent des *sentences* de Portalis : son œuvre entière en est tissée et il les replaçait d'ailleurs, dans la même forme, à l'intérieur de ses différents travaux. Sa pensée, s'étant modelée en elles pour toujours, n'avait dès lors plus besoin de se *chercher*, et pouvait s'élancer librement, en augmentant ainsi indéfiniment sa science, vers l'acquisition d'autres vérités, qui ne seraient à leur tour réputées par lui *comprises*, que revêtues du sceau verbal d'un *balancement* sauveur.

Le jeune avocat se fit rapidement remarquer par l'élégance et l'aisance de ses improvisations, au point de devenir bientôt « l'oracle du barreau ». Parmi les nombreux témoignages des contemporains, citons ce passage élogieux du discours du Conseiller d'Etat, sous-préfet des Bouches-du-Rhône, à la mort de Portalis : « Le barreau fut frappé des premiers éclairs de cette éloquence, qui ne lui promettait pas vainement de soutenir sa réputation et de prolonger sa gloire : on admira cette fécondité, apanage de la jeunesse et du génie, trop prodigue peut-être de fleurs et d'ornements, mais que l'âge, l'expérience et la méditation devaient un jour resserrer dans les limites fixées par le goût et la sagesse; on s'étonna de ces connaissances vastes, de cette logique exacte, de cette dialectique pressante qui fortifiaient la véhémence sans emportement et le raisonnement sans subtilité de ce jeune orateur; on s'étonna bien plus encore de cette inspiration subite qui ne l'a jamais abandonné, soit dans les sujets les plus importants et les plus difficiles, soit devant les assemblées les plus imposantes et les plus orageuses, et qui fut non seulement un prodige de mémoire, mais un de ces dons de la nature qu'elle ne départ qu'avec une averse rareté à ceux-mêmes qu'elle a marqués du sceau de l'orateur » ¹.

Mignet, célèbre par la vérité de ses portraits, nous rapporte moins pompeusement : « Portalis, doué d'une facilité d'élocution

(1) *Discours* de d'ARBAUD-JOUQUES, du 11 sept. 1807, recueilli par le Viscomte Fréd. PORTALIS, dans *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code Civil*, Paris 1845, p. LXI.

rare, d'une mémoire surprenante, ayant une intelligence prompte et haute, animé par une imagination qui donnait de la grandeur à ses idées et de la beauté à son langage, sans altérer jamais la simplicité de son jugement, ni l'emporter des voies communes qui sont les voies vraies, était un orateur des plus brillants et des plus persuasifs ». « Il parlait de suite, nous dit Sainte-Beuve, avec enchaînement, sans jamais s'interrompre et comme par le cours naturel et plein d'une improvisation facile »¹. Il devait réaliser le but que d'Aguesseau, son maître, avait assigné à l'orateur : « Il la dévoilera (la vérité) avec tant d'art, que ses auditeurs croiront qu'il n'a fait que dissiper le nuage qui la cachait à leurs yeux; et ils joindront à ce plaisir de découvrir la pure lumière, celui de se flatter en secret qu'ils partagent avec l'orateur l'honneur de cette découverte »². Mais Portalis travaillait dur pour préparer ses « improvisations »... Il en est peut-être ainsi de tous ceux qui attendent de l'inspiration la consécration d'une réflexion ardue : ils ont mérité cette projection soudaine, car ils l'ont préalablement ciselée de leurs progressives ébauches.

Portalis nous dit : « Monsieur Séguier ne parlait jamais sans avoir écrit; en se livrant à lui-même, il n'eût pas été sans crainte, parce que, dans les austères fonctions de sa charge, la plus légère omission ne l'eût pas laissé sans reproche. Mais sa mémoire lui épargnait l'attitude forcée d'un orateur qui lit, et lui assurait tous les avantages d'un orateur qui s'abandonne. Ils sont rares les hommes qui n'éprouvent pas le besoin de fixer d'avance leurs idées par une rédaction soignée; qui disposent quand ils le veulent et avec une sorte de nouveauté, des mots, des images, des figures, de toutes les richesses oratoires; et qui, soutenus par la conscience de leurs propres forces, produisent au dehors, comme par inspiration, les sentiments et les pensées, avec l'ordre et l'éclat que la préparation la plus réfléchie ne garantit pas toujours. L'éloquence innée de ces hommes n'est pas l'ouvrage de l'art, mais un don de la nature. Nos orateurs les plus distingués ont rédigé leurs oraisons, leurs discours, leurs harangues avant que de les prononcer. Mais comme l'on a compris, de tous les temps, que l'action froide d'une simple lecture ne permet aucun mouvement à celui qui parle, et ne peut exciter l'enthousiasme de ceux qui écoutent, on a cherché constamment à imiter les productions soudaines du génie, en travaillant à faire oublier, par la manière de réciter ou de dire, le soin que l'on avait pris à rédiger »³.

En compulsant les nombreux volumes reliant les plaidoiries manuscrites de Portalis, nous avons eu la preuve qu'il composait de la façon qu'il indique dans son discours comme étant celle qu'employait Séguier. C'est lui-même, avec sa merveilleuse mé-

(1) SAINTE-BEUVE, *Causerie* du Lundi 8 mars 1852.

(2) *Ouvrage cité*, p. 68.

(3) *Eloge d'A. L. Séguier*, p. 25.

moire, qu'il traduisit à travers son héros, en l'expliquant par ses veilles personnelles et en le parant de ses propres scrupules. En réalité, il n'écrivait pas, comme il semble le dire, mais, quand il était jeune, il se dictait, prévenant par la pensée, précédant en sa voix que son ouïe saisissait, l'effet que ses paroles devaient opérer sur un auditoire. Très tôt — il atteignait à peine la trentaine — il dut continuellement dicter à un secrétaire, la faiblesse de sa vue ne lui permettant même pas de relire, jusqu'au moment où la cécité complète lui défendit véritablement l'usage d'une plume. Sa mémoire seule jouait. Le style resta cependant toujours le même : Portalis, s'imaginant devant lui le public escompté, improvisait pour celui-ci devant sa table de travail, afin de lui redire plus tard, de mémoire, ce que d'autres orateurs, plus hardis, peut-être aussi moins consciencieux, se sentent la force de créer sur-le-champ.

Comment retrouver l'éloquence de celui qui parla ? Comment lire son souffle ? Si Sainte-Beuve, qui ne l'a pas entendu, peut attribuer à Portalis une « sorte de lenteur et de monotonie qui s'étend sur l'ensemble », c'est qu'il n'a pas pensé à environner sa sèche lecture de l'action de l'orateur et de la pression de l'auditoire. Pour se rendre compte de ce que fut réellement l'influence de la présence et du verbe de Portalis, sur les assemblées très diverses auxquelles les circonstances lui donnèrent de s'adresser, il faut prononcer ses discours, en respectant les virgules, même celles que rejette le linguiste. Car il les a utilisées, celui qui note avec exactitude le flot de l'éloquence qui respire contre la grammaire. Il faut faire plus que parcourir, mais proprement scander afin de faire sonner ces phrases que le papier injuste nous transmet inertes. Alors l'ambiance se meut, la salle se colore, le silence bat, l'émotion s'éveille : voici que tremble l'orateur...

IV

Etudions maintenant l'avocat. L'affaire qu'il exposait devenait vivante par sa parole ; il la retraçait simplement et clairement, souvent spirituellement, parfois avec pathétique, à des auditeurs devenus inévitablement attentifs. Ce cas personnel fût-il strictement civil, il le rattachait aux vastes contingences sociales qui mènent souvent les individus. Il trouvait moyen encore d'élargir le débat, en développant des considérations humaines, qui lui étaient dictées par l'identification qu'il réalisait avec son client. Obligé de s'adresser d'abord aux connaissances des magistrats, il savait se faire pardonner des autres son érudition, par l'intérêt et la sécurité de ses citations. La lettre des lois était susceptible de tant d'interprétations et de discussions, qu'une solu-

tion dernière d'un procès n'en pouvait guère uniquement provenir. Contrairement aux habitudes exclusivement dialectiques de son temps, Portalis ne s'en contentait pas, et se donnait pour tâche de faire résonner la *sensibilité* des auditeurs.

D'ailleurs, les circonstances permettaient alors aux avocats de *choisir* leurs causes. Portalis, incorruptible, ne défendait que ce qu'il considérait comme juste. Sans être riche, loin de là, il avait la possibilité de suivre ses sentiments. Ainsi, on peut retrouver, dans les volumes reliés de ses plaidoiries, quelques causes d'humanité : celles de malheureux couchés sur des lits d'hôpitaux, celles de vieilles et humbles personnes réduites par l'ingratitude et par l'oubli à demander un pain amer à la justice. Comme le dit très bien Lavollée, « le barreau était à ses yeux le premier degré de la magistrature, et l'avocat, véritable juge orateur, était responsable devant sa conscience de toutes les paroles qu'il prononçait ». « Jamais une pensée intéressée, affirme un contemporain, une spéculation lucrative n'influença le choix des causes qu'il illustra de ses talents; aussi sa voix ne fut jamais en contradiction avec sa conscience, rarement avec les arrêts de la Cour souveraine devant laquelle il a plaidé; et c'est un des caractères particuliers de son éloquence de n'avoir jamais été appliquée qu'à des sujets dignes d'elle » ¹.

Nous ne citerons pas les affaires importantes qu'eut à plaider Portalis : on en trouvera la liste et l'explication sommaire dans ses biographies, notamment dans l'ouvrage cité de Lavollée. Nous allons nous contenter de parler du procès Mirabeau, ayant eu entre les mains de curieux documents inédits. Ce procès, dont Portalis fut le véritable héros, eut lieu en 1783, dans la deuxième époque de sa vie, alors que sa réputation était tout à fait établie, et sa renommée aussi étendue que le royaume, c'est-à-dire après l'exercice de ses fonctions administratives. Nous en parlerons cependant dans la présente section, pour ne pas avoir à revenir sur Portalis *avocat*.

La famille de la Comtesse de Mirabeau était depuis longtemps liée avec Portalis, que Mirabeau lui-même estimait fort. Tout naturellement, dans son instance en séparation contre un mari qui prétendait l'attacher au domicile conjugal, tandis qu'il entretenait une retentissante liaison au dehors, Mme de Mirabeau choisit Portalis pour défenseur. Le procès fut très long et suivi par toute la Provence avec un intérêt de caractère presque politique. « Il faisait faction dans les villes et dans les campagnes, nous rapporte le Comte. La noblesse, la robe et la bourgeoisie étaient divisées. Le bas peuple était sans exception pour le Comte de Mirabeau. Quand il sortait, suivi de sa chaise à porteur, les polissons, les portefaix le suivaient en cla-

(1) D'ARBAUD-JOUQUES, *Discours cité*.

quant des mains : cela n'est pas étonnant, disait le bailli, son oncle, il y a toujours eu attraction entre mon neveu et la canaille »¹. Portalis, dont la conscience soutenait entièrement sa cliente, donna beaucoup de son temps à cette affaire : « Pendant la longue durée de ce procès, poursuit le narrateur, Mme de Mirabeau passait toutes ses soirées et presque toutes ses journées chez mon père. Elle était fidèlement escortée de plusieurs chevaliers, ses adorateurs, et souvent par le vieux marquis de Marnegnanne, son père... On craignait des voies de fait, on craignait l'enlèvement d'une femme par son mari » etc...

Cependant, le métier d'avocat n'était pas toujours facile : « Ce qu'il y a de certain, c'est que ces émotions lui seyaient à ravir... Elle n'était pas fâchée d'être menacée, ses écrits lui étaient doux, après tout c'étaient des écrits amoureux; les violences même, les emportements, les passions désordonnées du Comte de Mirabeau avaient un secret attrait pour elle... Aussi entretenait-elle à la dérobée quelque intelligence avec ce terrible et séduisant adversaire et trahit-elle bien souvent pour lui des secrets de cour et de longs débats. Son conseil, ses amis, ses parents, ses amants peut-être, elle l'informait de tout ce qu'ils concertaient. Elle lui faisait communiquer des pièces importantes. Elle désolait mon père par son irrésolution. Ai-je dit qu'elle le trahissait ? Ah ! ce mot me semble bien odieux quand je me souviens du doux son de la voix dont le timbre argentin frappait agréablement mes oreilles presque tous les soirs lorsque, admis dans le cabinet de mon père, pendant les mystérieuses délibérations de l'affaire Mirabeau, je m'endormais, la tête posée sur les genoux de l'intéressante Comtesse et qu'elle me réveillait pour m'annoncer que l'heure de la retraite était sonnée... »

Les choses s'envenimant, le scandale s'ébruitait de plus en plus. Des lettres étaient publiées, des secrets monstrueux révélés, qui étaient la diffamation de toute une famille. Les amis de Mirabeau s'en prenaient aux amis de la femme. Les salons s'en mêlaient... Enfin, le moment de l'audience publique arriva. Il y avait grand monde à Aix ce jour-là. De plus, y séjournaient justement l'archiduc Ferdinand et l'archiduchesse Béatrix d'Autriche qui, venus prendre les eaux, ne manquèrent pas d'assister au spectacle. Mirabeau présentant lui-même sa défense, les deux plus grands orateurs de Provence et sans doute de France, se trouvaient face à face.

D'Arbaud-Jouques, contemporain de Portalis, qui fut pendant quelques années son secrétaire et qui nous paraît l'avoir très exactement connu, note psychologiquement : « Portalis ne dénia point le talent de ce redoutable adversaire, il était incontestable; il l'éclipsa par la supériorité du sien, qui sembla s'augmenter en-

(1) Sur cette intéressante famille, voir : Henri RIPERT, *Le Marquis de Mirabeau*, Paris 1901.

core dans cette circonstance, de l'indignation secrète qu'il éprouvait sans doute en voyant le caducée de l'éloquence, auquel il avait attaché sa gloire, souillé par la déplorable immoralité d'un auteur d'ailleurs si distingué »¹. La maîtrise imperturbable et la liberté d'esprit de Portalis firent perdre patience et mesure à son adversaire aux accents déchaînés. L'impétuosité de Mirabeau prit feu : dans une suprême harangue par laquelle il lançait à la face de l'audience sa chair et son sang, il se mit soudain à lire en public des lettres qui, à elles seules, suffisaient pour motiver la séparation... A ce moment, on transportait, sans connaissance, le procureur général à qui Mirabeau, en ayant eu préalablement communication par l'indélicatesse d'un complice, avait subtilisé tous ses arguments et répondu en tous points à l'avance !

Ainsi triompha Portalis dans un procès qui frappa si fort les assistants que son souvenir, resté vivant dans toutes les têtes, s'inscrivit inévitablement dans chaque ouvrage relatif à l'éminent jurisconsulte. Bellecour conclut sentencieusement : « Contraste frappant, enseignement remarquable ! Le tribun hardi, impuissant à la fin à retenir les tempêtes qu'il avait déchaînées, vaincu par le juriste sage et prévoyant qui devait contribuer à réparer les ruines que le premier avait faites, à discipliner les progrès légitimes qu'il avait suscités »².

Nous avons trouvé dans les papiers de Portalis les notes suivantes, écrites de sa main, préparées sans doute à l'usage de son fils, qui avait déjà le projet d'écrire la vie de son père :³ « Ces deux triomphes⁴ ne furent pas sans amertume pour lui. La famille Mirabeau était fort accréditée à Malte. Elle excita le ressentiment de l'Ordre. Le Grand Maître fit demander, par son ambassadeur, au roi de France, une lettre de cachet contre Portalis. Cet orateur éprouva alors les effets touchants de l'amitié et de l'estime de tous ses concitoyens. Le Parlement, la Cour des Aides, l'Administration de la Province réclamèrent pour lui, et l'orage fut conjuré. M. le Comte de Vergenne, pour lors Ministre, écrivit à l'orateur : *Sa Majesté n'oubliera jamais le degré de protection qu'elle doit à un sujet aussi utile et aussi estimable que vous contre les prétentions d'un Ordre que le bien public demande qu'elles soient restreintes* (sic) ».

Portalis ne fut pas *avocat* seulement au barreau. Désirant consacrer sa vie à la *défense*, il choisit ses sujets de discours ou de brochures selon les opportunités humanitaires qui lui montraient à *qui* il devait venir en aide. Ses actions étaient rarement

(1) *Discours* du 11 septembre 1807, recueilli dans Fréd. PORTALIS, *ouvrage cité*.

(2) *Eloge de Portalis*, Toulouse 1867.

(3) D'autres renseignements nous sont parvenus de la même manière, ayant été préalablement utilisés par le Comte.

(4) Portalis avait, la même année, plaidé pour le Maire de Marseille, contre l'Ordre de Malte, dans une affaire extrêmement importante à l'époque, et très compliquée, qu'il avait gagnée.

le résultat d'une *idée* à faire triompher, mais l'effet de la pitié de son âme si compréhensive, aspirant au soulagement efficace et immédiat des *hommes*. C'est dans cet esprit qu'il *plaida* en 1763 pour les protestants persécutés; en l'an III pour les habitants d'Arles terrorisés; en l'an IV pour les prêtres catholiques poursuivis; en l'an V pour les propriétaires spoliés, pour les parents dépouillés de certains émigrés que la force seule avait contraints de fuir, pour les naufragés de Calais honteusement violentés...

La postérité a ratifié le souvenir de l'*éloquent* Mirabeau, tandis qu'elle rappelle en Portalis le *législateur*. Quand ils peuvent accrocher le nom de leurs héros à des monuments dont la nature est de durer, les hommes sont oublieux des bienfaits qui passèrent.

SECTION II. — L'ADMINISTRATION PROVENÇALE

I

Nous allons présenter maintenant une autre face de l'activité de Portalis. Il ne s'agit plus ici d'une *vocation*, mais de l'*utilisation* de ses travaux et de ses talents pour le bien public, auquel il n'est jamais resté étranger. Ce n'était plus une *tâche*, c'était une *charge*. Portalis fut amené au premier plan de l'administration de sa province, ayant été nommé en 1778 *assesseur* d'Aix. Il venait de se marier avec Marguerite Siméon, fille d'un de ses professeurs, alors très considéré, sœur de son confrère et intime ami dont la destinée devait si fort se rapprocher de la sienne¹; un fils lui était déjà né; les causes affluaient dans son cabinet; sa renommée s'assurait; sa situation allait être assise définitivement².

L'*assesseur* était un des organes de cette liberté administrative dont la Provence s'enorgueillissait à juste titre. Supportant particulièrement le poids de l'administration, « il était, pour ainsi dire, le Procureur général des Etats, dans les séances desquels il faisait la relation des affaires du Pays. Le droit de proposer tout ce qu'il jugeait utile à la province, lui appartenait. On le choisissait parmi les anciens avocats du Parlement. Le Barreau, grâce à un si remarquable privilège, était placé à la tête de la province »³. Si bien que le barreau qui « inspirait et réglait l'administration » et « y était mêlé aux plus importantes affaires... s'y trouvait presque au niveau des hautes classes sociales »⁴ et que la profession d'avocat était alors une charge publique « couverte du nom de profession libérale », car « les premières dignités administratives de la province étaient offertes à son émulation, comme une récompense promise au patriciat du barreau »⁵.

Cette fonction, honorifique, ne comportait que des « indemnités ». Portalis s'y consacra entièrement et y fit une importante

(1) Voir pour la comparaison de ces deux hommes éminents, qui se complétaient de plus admirablement, Siméon et Portalis : MIGNET, *Notices et Portraits*, sur le Comte Siméon, Paris 1854; Ch. GIRAUD, *Notice biographique sur le Comte Siméon*, Paris 1842.

(2) Sur l'histoire et les fonctions de l'assesseur d'Aix, voir BUSQUET, *Histoire des institutions de la Provence*, Marseille 1920, à partir de la p. 181; Bruno DURAND, *Ouvrage cité*, p. 64.

(3) DE RIBBE, *Pascalis*, p. 44.

(4) DE RIBBE, *L'ancien barreau du Parlement de Provence*, p. 57.

(5) Ch. GIRAUD, *Notice biographique sur le Comte Siméon*, p. 4.

besogne. « Il obtint la suppression des exemptions de l'Ordre de Malte, provoqua une déclaration du roi qui modéra celle du clergé et de la noblesse, prépara des règlements pour mieux fixer la constitution des « vigueries », sortes d'arrondissements territoriaux qui avaient leurs assemblées, leurs chemins, leur trésorerie et leur administration. Sous sa direction, le régime des impositions fut perfectionné, et il fut établi un meilleur ordre dans la conduite des ouvrages publics »¹. Dans les procès-verbaux des différentes assemblées où il eut à prendre la parole, nous avons retrouvé ses interventions si claires et édifiantes, pleines de science et de conviction, toujours suivies de l'approbation unanime des Conseils.

Son heureuse administration, qui dura deux ans, fut vite célèbre. Un document contemporain nous en donne la preuve : « Allons aux Etats de Provence : c'est là que, reconnaissant l'avantage de l'instruction et de l'art de bien dire, on place toujours des avocats célèbres à la tête du Tiers et des possédants-fiefs. L'un d'eux, M. Portalis, administrant la province à l'âge de 30 ans, a prouvé comment on allie le génie de l'administrateur et le cœur du patriote avec le talent de l'orateur et le savoir du jurisconsulte »². Portalis lia amitié avec les grands personnages de Provence, comme le cardinal de Boisgelin, archevêque d'Aix et président-né de l'administration du pays, ainsi qu'avec les ministres du pouvoir central, comme Choiseul et Necker, qui furent intéressés par sa correspondance active et éprouvée.

En 1782, Portalis fut député à Paris par sa province pour venir y solliciter des décisions dans plusieurs affaires importantes. C'était la première fois qu'il voyait la capitale, qui était alors en plein tourbillon, dont notre voyageur compara bien vite la vanité à sa paisible et heureuse vie provinciale : « Quelle ville que Paris ! C'est un amas de poussière et de boue. Les maisons sont élevées dans huit jours. Mais elles ne sont pas sitôt achevées qu'elles menacent ruine. — Le climat varie d'une minute à l'autre. Dans la même journée on a le soleil, le vent, la pluie, le chaud et le froid. — Les promenades sont magnifiques. Mais c'est un chaos. Pendant toute la journée on est entouré de jeux, de spectacles, de foires, d'objets de dissipation. Mais quelle futilité ! Tout est artifice. On dirait qu'on ne veut amuser que des enfants. Tu n'as pas idée de la ridicule légèreté de tous ces établissements que le plaisir consacre à l'ennui »³. « On ne cherche dans ce pays qu'à s'étourdir, et sûrement on s'y ennuie plus qu'ailleurs. On est toujours en voiture. On cherche toujours à faire quelque chose de nouveau. La société y est divisée en deux classes dont l'une vit

(1) Comte J.-M. PORTALIS, *Notice sur la vie de J. E. M. Portalis*, d'après des renseignements écrits, préparés par son père, qui ont été conservés dans ses papiers.

(2) *Le nouveau Brillon*, dictionnaire de Jurisprudence et des Arrêts, 1782, verbo *administration* par PROST DE ROYER et RIOUZ tom. 2, p. 841.

(3) Lettre de Portalis à sa femme du 31 août 1782.

le jour et l'autre la nuit. Tous cherchent le plaisir et manquent le bonheur » ¹. « Tu serais étonnée de voir ici combien les générations durent peu. Tout le monde est faible. Tous les dix ans le pavé de Paris voit presque renouveler le plus grand nombre de ses habitants. Les hommes ne font qu'y passer, et on dirait que la nature n'y est pas plus constante que la fortune » ².

Il fut à même d'observer soigneusement l'état de la société parisienne et son jugement, bien que sévère, doit nous frapper, venant d'un homme qui nous paraît être parti sans préjugé, « pour s'instruire ». « Le ton des sociétés est en général doux et léger. Mais il varie selon les conditions. La robe parlementaire méprise la robe du conseil. La robe du conseil craint encore un peu celle du parlement. Les avocats ont une fierté dont tu n'as pas d'idées. Ils méprisent tous les états et toutes les robes. Ils se regardent dans ce moment comme le seul rempart contre les despotismes particuliers. — Les gens de lettres pèsent encore dans les sociétés particulières, mais ils n'ont plus de considération générale. Les militaires n'estiment de la robe que les avocats, ménagent et méprisent toutes les autres conditions. Les financiers et les banquiers ont un grand luxe, de grandes prétentions et une grande ignorance. — Les étrangers, évêques, magistrats, gentilhommes, se mêlent partout. Ils font comme nous. Ils veulent tout voir et tout entendre » ³.

La *cuisine* lui paraissait un symptôme intéressant des goûts et des mœurs : « Rien n'est plus malheureux ici que ce que nous appelons les bourgeois, ou les gens qui sont dans la médiocrité. Ils n'ont rien de bon. Leur table est infâme; mauvais vin, chère affreuse, mauvais fruit, et la dépense est énorme. Une bonne pêche coûte 6 sols. — Chez les grands, on ne mange que des choses artificielles. Les meilleures choses sont masquées. On ne laisse à rien son goût naturel. La cuisine est la chimie la plus compliquée que l'on puisse connaître » ⁴. Et il constate en méridional : « Tu ne saurais croire combien tout est ruineux ici. L'eau, l'air même, tout se vend » ⁵.

La conclusion venait d'elle même : « Ah ! ma bonne amie, que nous sommes heureux en Provence, quand nous avons une fortune honnête et de la considération. Il faut voir tout ceci de près, et je t'avoue franchement que depuis que j'ai vu, je n'échangerais pas mon état contre celui même qu'on voulait me donner sous M. Necker ⁶. Ils sont aux expédients avec de gros revenus... Hors le spectacle, nos braves gens de Paris s'ennuient plus que nous, je te le jure » ⁷. « La plus grande instruction, ma bonne

(1) Lettre de Portalis à sa femme du 12 septembre.

(2) Lettre de Portalis à sa femme du 10 octobre.

(3) Lettre du 29 août 1782.

(4) Lettre du 5 septembre.

(5) Lettre du 7 septembre.

(6) A la tête d'une Direction générale de l'administration des pays d'Etats, dont on projetait l'établissement.

(7) Lettre du 3 septembre.

amie, que l'on peut retirer de tout ceci est d'apprendre à nous estimer, à être plus contents de notre pays, et à ne pas louer bêtement ce que nous ne connaissons pas. Je retournerai d'ici avec une meilleure idée de nous et de la constitution de notre province » ¹. Il y revint à plusieurs reprises : « Tous les jours ce sont des repas et des conférences d'affaires. Cette vie est épineuse. Il est très délicat de savoir ce qu'il faut dire et ce qu'il faut faire. On marche sur du charbon. Je serai soulagé d'un grand poids quand je prendrai congé. Il faut toujours réfléchir et ne jamais s'abandonner au mouvement naturel. Vive notre liberté provinciale, Vivent les Pradeaux ². Je te jure que nous sommes mille fois plus heureux. Nous adorons toujours ce que nous ne connaissons pas, et nous avons la maladresse de ne pas apprécier le bonheur que nous avons sous la main » ³.

Il était pourtant reçu d'une façon qui le remplissait d'étonnement : « ce fut pendant trois mois à qui fêterait le courageux défenseur des protestants persécutés » ⁴. « Depuis 7 heures du matin jusqu'à 10 heures du soir, je suis en marche... J'ai le grand agrément d'être reçu partout à bras ouverts, et d'être supérieurement accueilli sur ma seule réputation » ⁵. « Tu ne saurais croire combien je suis connu... Mais on avait grand tort de dire qu'il ne fallait pas s'annoncer comme avocat. C'est la réputation que j'ai comme tel qui me vaut tout l'accueil qu'on me fait » ⁶. « Je suis gâté, consulté, recherché. Je suis bien plus grand qu'à Aix » ⁷. Cette considération générale, quelque peu intéressée, avait ses inconvénients : « Si tu voyais le nombre de visites que nous essayons dans la matinée, tu serais étonnée. Elles nous gênent souvent et nous empêchent de sortir... Je serai bientôt aussi occupé ici que dans mon cabinet : chacun me demande des mémoires sur quelque objet d'administration. J'ai et mémoires et lettres perpétuellement à faire. C'est trop » ⁸.

Les hautes personnalités surtout apprécièrent sa conversation vive et enjouée, ses improvisations brillantes, ainsi que ses manières affables et simples, et son séduisant caractère. « Je ne joue pas dans les sociétés, et on ne l'exige pas de moi. On ne voudrait pas, dit-on, m'enlever un instant à la conversation » ⁹. Il dînait fréquemment avec le Cardinal de Boisgelin, archevêque d'Aix, dont il avait été en quelque sorte le « protégé », chez qui il fit connaissance de Mme de Grammont, sa nièce; allait visiter Necker « à la campagne » (il habitait Saint Ouen); rencontrait maintes fois Choiseul, qu'il passa même voir à Chanteloup, en re-

(1) Lettre du 29 août.

(2) Propriété familiale à St-Cyr-sur-Mer

(3) Lettre du 14 septembre.

(4) Lavollée.

(5) Lettre du 29 août.

(6) Lettre du 3 septembre.

(7) Lettre du 14 septembre.

(8) Lettre du 21 septembre.

(9) Lettre du 1^{er} octobre.

venant chez lui ¹; faisait de nombreuses connaissances qui ajoutèrent à son crédit. Voici quelques extraits de ces lettres si vivantes :

« Samedi dernier, je fus dîner chez M. Necker. Nous causâmes ensemble tête à tête pendant deux heures de suite. Je l'ai étonné. Mon imagination était montée. Il fut bien content de moi. Il s'en expliqua avec M. l'archevêque d'Aix qui vint y dîner le même jour avec le comte de Boisgelin son frère. Le dîner fut gai. Il y avait l'ambassadeur de Suède, homme instruit; l'évêque de Carcassonne; M. l'archevêque d'Ambrun; M. Dessar, maître des requêtes, et un autre seigneur de la Cour que je n'entendis point nommer. Madame Necker parle bien et de tout. Sa fille est très instruite. M. Necker ne parle que dans le tête à tête. Il ne dit pas le mot dans la conversation générale. Il a de la tournure de feu M. de Montclar ². Il me parla de tous les projets qu'il avait eu sur moi. La conversation fut intéressante... M. et Madame de Beauvau m'ont comblé d'amitié. Lundi je trouvai chez eux M. le Maréchal de Noailles, Mme la Maréchale de Mirepoix, le duc de Chabaud et sa femme, le duc de Choiseul... Le lundi je vais chez M. de Beauvau. le samedi chez M. Necker. Le vendredi je dîne chez M. l'archevêque d'Aix. Le jeudi je suis avec mes confrères les avocats. Les autres jours sont pour Paris chez nos connaissances successivement » ³.

Rapportons ces passages relatifs à Bigot de Préameneu qui devait être chargé avec Portalis de la rédaction du Code civil : « M. de Préameneu, qui était en Bretagne, est arrivé depuis quelques jours. C'est une bonne tête, qui a des lumières et de l'esprit. Je n'ai point encore vu sa femme. Il voulait nous donner à dîner un de ces jours. Mais nous ne pourrions lui donner qu'un jour de la semaine prochaine, parce que nous sommes toujours engagés pour une semaine d'avance » ⁴. « M. l'archevêque m'a prié de le présenter dans les bureaux. Je le ferai avant mon départ. C'est un homme que nous avons placé du temps de notre administration et qui m'est extrêmement attaché » ⁵. « M. de Préameneu est ici fort bien établi, et il a d'excellentes connaissances. C'est une tête à vues et à principes. Il est généralement estimé. Je continue à le présenter dans les bureaux... et je lui suis très utile » ⁶.

Voici son jugement sur un discours de Brienne, dont il allait combattre, quelques années plus tard, avec acharnement, les réformes judiciaires : « Je fus mardi entendre le discours d'ouver-

(1) Il en dit notamment le 25 octobre 1782 : « C'est un château magnifique : il y a un salon pyramidal, composé de sept salons l'un sur l'autre, et qui vont en se rétrécissant, jusqu'au dernier. C'est superbe ».

(2) Rippert de Montclar était procureur général à Aix lors de l'arrivée de Portalis au barreau.

(3) Lettre du 17 septembre.

(4) Lettre du 23 septembre.

(5) Lettre du 1^{er} octobre.

(6) Lettre du 10 octobre.

ture de l'assemblée du clergé prononcé par M. l'évêque de Sens. Il parla sur les devoirs de la nation envers le roi et envers la patrie. Je fus content de l'orateur qui a un bel organe et un débit décent. Mais je trouvai le discours écrit négligemment, plein de lieux communs et trop fade par une multitude de compliments adressés à toute la terre. Je t'avoue que rien ne fut merveilleux » ¹.

Ayant dans son séjour intensivement travaillé pour sa province, il lui rapportait une moisson de résultats tangibles : « Il obtint un secours considérable d'argent pour sa province, la révocation d'un impôt nouvellement établi sur les huiles, celle du privilège exclusif des messageries, un règlement qui fixait à un taux modéré la contribution de la Provence à la dépense des troupes; enfin une loi qui confirmait, pour ce pays, le principe salutaire de la réalité des tailles, et le droit imprescriptible d'attaquer toutes les exemptions acquises à prix d'argent » ². Il pouvait ainsi écrire à sa femme le 30 octobre : « J'ai terminé à peu près toutes les affaires de la province que j'ai pu suivre, et je les ai terminées avec succès. J'ai instruit celles que le temps ne me permet pas de finir ». En même temps, il avait retiré de son voyage de précieux enseignements : « Je partirai d'ici, ma bonne amie, après avoir joui de tous les agréments qui peuvent flatter l'amour-propre, après avoir vécu dans les plus hautes sociétés, après avoir tout su, et en rapportant l'estime de tous ceux que j'aurai vus » ³.

II

Ayant terminé l'honorable exercice des fonctions publiques, Portalis reprit ses travaux d'avocat. Mais il lui était impossible désormais de s'en tenir aux controverses judiciaires. Il dut consacrer une grande partie de son temps à des consultations et mémoires d'ordre divers, sollicités par les communes et administrations voisines. Il continua en même temps à se tenir au courant de tout ce qui concernait l'organisation de sa province. La question, toute d'actualité, de savoir s'il convenait de réunir les Etats de Provence, et, dans l'affirmative, s'il fallait les réunir dans la même forme qu'autrefois, provoqua notamment toute son attention. En effet, ces Etats étaient suspendus depuis 1631, sans inconvénient pour la province, le Tiers-Etat, seul contribuable, étant représenté par des assemblées de communautés qui, en fait, remplaçaient les Etats de Provence. Si bien que ce « Pays d'Etats » était administré par des assemblées *élues*, au moment où l'intérêt général de la nation se portait sur les avantages des Etats provinciaux. Il était donc opportun de se livrer à l'examen approfondi de cette question.

(1) Lettre du 17 octobre.

(2) J.-M. PORTALIS, *Notice sur la vie de J. E. M. Portalis*.

(3) Lettre du 6 octobre 1782.

Le 20 août 1787, Portalis écrivait au Cardinal de Boisgelin, archevêque d'Aix, président-né des Etats de Provence : « Il est malheureux que, pour l'affaire de nos Etats, les divers ordres n'aient pu s'entendre. La conciliation eut prévenu de grands embarras et de grandes difficultés. Je crains que la réunion apparente des divers ordres ne devienne le principe de leur division réelle. Vous seul pouvez donner la paix et calmer la tempête. Tous les ordres ont confiance en vous. Vous êtes l'heureux lien de tous. Dans le mémoire que j'aurai l'honneur de vous adresser je soumettrai à votre justice et à votre bonne tête quelques observations qui pourront être utiles ».

Il poursuivait par ces remarques : « Les affaires publiques sont, comme vous l'observez très sagement, dans une situation capable d'affliger les bons citoyens. On ne voit pas quelle sera l'issue des démêlés du parlement de Paris avec la cour. — Il est facile de prévoir la même commotion dans presque toutes les provinces. Le besoin d'argent, quelque fort qu'il soit, peut-il autoriser deux lois telles que celles du timbre et de la subvention territoriale ? La lecture de ces deux lois est accablante. Il eut mieux valu rétablir le 3^e vingtième, et doubler la capitation, comme on l'annonçait tout d'abord. L'administration n'était pas changée et il y avait moins d'inconvénients à redouter. Les nouveaux impôts, outre qu'ils pèsent infiniment sur toutes les classes de citoyens, ont encore le grand danger de changer la constitution publique de toutes choses. Je souhaite bien sincèrement que tout puisse s'arranger, et tourner au moindre mal de l'Etat. Car, dans ce moment, le moindre mal est le seul bien que nous puissions espérer. — Je compte partir pour la campagne le 28 de ce mois. J'ai envie de m'éloigner de la fermentation locale, et de trouver le repos dans la solitude champêtre. Que ne pouvez-vous venir décorer nos contrées et les vivifier par votre présence ? Ce serait le plus ardent de mes vœux, et la plus douce de mes satisfactions » ¹.

Portalis s'inquiétait à bon droit de ce combat désespéré entre le Parlement de Paris et la Cour. On sait qu'il aboutit aux *Edits de 1788*, par lesquels la Cour tenta de ressaisir le pouvoir qui lui échappait. Les Parlements, mis en vacance illimitée, désormais sans fonction politique, remplacés par une cour plénière unique chargée d'enregistrer les actes royaux, s'indignèrent. Le royaume entier fut secoué de ce coup d'Etat. Pendant l'effervescence générale, Portalis se chargea, au nom du Barreau d'Aix qui prenait, comme la majorité des citoyens, parti pour les victimes, de rédiger une *Lettre au Garde des Sceaux*, où il reprenait historiquement le rôle des Parlements et attaquait avec force, sinon toujours à juste titre, les nouveaux Edits. Il donna plus de développements à l'étude de cette importante question dans un volumineux ouvrage où il se dressa en champion de la liberté politique.

(1) Arch. Nationales, H. 1239

Mentionnons maintenant cet épisode de la période révolutionnaire, où Portalis se retrouva devant Mirabeau et qui nous éclaire sur le rôle de Portalis et son haut caractère. Nous croyons intéressant de transcrire ici le récit du Comte Portalis, que nous considérons toujours comme très digne de foi. « Les Etats Généraux ayant été convoqués, Mirabeau, qui, dans la querelle des ordres privilégiés contre les communautés s'était prononcé, par des écrits qui firent une vive impression, en faveur du Tiers Etat, aspira à s'emparer de la direction des élections. Il y réussit par l'ascendant que lui donnait son talent et l'activité de ses intrigues. Il tenait beaucoup à être nommé député du bailliage d'Aix qui était la Capitale de la Provence. Il était certain d'être nommé à Marseille. Il aurait voulu l'être dans toute la Provence. L'offense qu'il venait de recevoir de l'Ordre de la Noblesse qui l'avait exclu de son sein, le recommandait déjà aux électeurs du Tiers-Etat. Il voulut davantage : il désira que le Conseil de la Ville d'Aix lui votât des remerciements pour ses écrits et le recommandât à tous les baillages comme le candidat le plus digne de leur choix pour la députation. Mais il craignait que l'influence de Portalis ne fit échouer les démarches de ses partisans. Il se décida à entrer en négociations avec lui sur ce point. Depuis l'époque de son procès, il était resté en état d'hostilité ouverte contre Portalis. Il lui envoya un de ses amis et lui fit demander ce qu'il ferait si les propositions que l'on vient d'indiquer étaient faites au Conseil de Ville¹. Portalis répondit qu'il remerciait M. de Mirabeau de la franchise de son procédé, et qu'il y répondrait par une égale loyauté. Il assura le négociateur que si la proposition de voter des remerciements à Mirabeau pour l'ouvrage qu'il avait publié sur l'égalité répartition des impôts était faite, il ne la combattrait pas, et que si elle était combattue, il la défendrait, parce que l'écrit de Mirabeau renfermait des principes qu'il croyait vrais et une doctrine qui était la sienne; mais que si l'on allait plus loin, il lui était impossible de se joindre aux partisans de Mirabeau ni même de garder le silence : qu'il s'était prononcé trop hautement sur Mirabeau, sur son caractère et sa conduite privée et publique pour qu'il lui fût permis d'appuyer ou même de ne pas combattre une proposition qui tendrait à le recommander comme digne de confiance ou d'estime. Les paroles de Portalis furent rapportées à Mirabeau. Il en parut d'abord vivement contrarié; ensuite il répondit, en se frappant le front, qu'il comprenait qu'il serait injuste d'exiger davantage et il fit dire à Portalis qu'il renonçait à tout ce qu'il pouvait y avoir de relatif à sa personne dans la proposition qui devait être faite, mais qu'après qu'elle aurait été réduite comme Portalis le désirait, il comptait sur son concours.

(1) Portalis était à cette époque membre du Conseil Municipal. Il n'avait pas pris personnellement part à la querelle en question, sa thèse ayant été dignement soutenue par Pascalis et Bouche.

Portalis fut fidèle à sa promesse. La séance du Conseil de Ville fut orageuse. La proposition faite en faveur de Mirabeau fut combattue avec violence. Portalis la soutint avec chaleur. Elle fut adoptée.

« Mirabeau en fit témoigner sa reconnaissance à Portalis. A peu de temps de là, les élections eurent lieu. Portalis était sur les rangs au bailliage de Toulon. Son election était à peu près certaine. Une violente émeute éclata : les maisons des trois magistrats municipaux furent pillées; les électeurs furent dispersés; l'élection fut abandonnée aux partisans de Mirabeau qui nommèrent un de ses amis. Le moment des élections fut un signal d'émeute dans toutes les villes et les communautés de la province, tous les anciens chefs du Tiers Etat furent attaqués et poursuivis comme désormais impopulaires; à Aix, néanmoins, Pascalis fut nommé député, mais indigné de ce qui se passait, il refusa la députation et laissa le champ libre à Mirabeau. Mirabeau avait exclu Portalis et la chose était naturelle après l'explication qui avait eu lieu entre eux; mais lors d'un tumulte populaire qui menaça la vie des membres du Conseil de Ville d'Aix et de ses magistrats municipaux, l'éclatante protection de celui qui soulevait et calmait à son gré les flots de cette multitude déchaînée, préserva Portalis de toute insulte, et jointe à la considération personnelle dont il jouissait, lui permit de se retirer tranquillement au milieu de l'émeute lorsque ses collègues étaient contraints de se sauver par les fenêtres ou de se cacher dans des caves. »

Les insurrections ne devaient plus cesser en Provence. On voit encore Portalis présider avec autorité un comité central d'organisation de la Garde Nationale, puis plaider dans une grave affaire criminelle, l'affaire des Dragons du Roi. Mais il perdit l'espoir de faire du bien au milieu du trouble général des esprits. Nommé Commissaire du Roi pour l'organisation d'un des trois départements substitués à l'ancienne Provence, il ne put se résoudre à concourir à l'anéantissement de la constitution provençale à laquelle il était si fort attaché, refusa la fonction, et se retira avec sa famille dans sa maison de campagne. Là, il vécut quelques mois paisibles, s'occupant de l'éducation de son fils, et de la composition d'un grand ouvrage sur les « sociétés politiques », qu'il avait commencé dans ses moments de loisirs, et qu'il dut malheureusement détruire, aux temps de persécution qui advinrent... Dans ce lieu de retraite, il put aussi donner asile à quelques ecclésiastiques estimables qui fuyaient la tempête.

Mais les hostilités se généralisaient; il dut songer à quitter ce refuge précaire. Ne pouvant se résoudre à abandonner la France, il se rendit à Lyon avec sa famille. Son fils nous raconte, dans ses *Souvenirs*, leur pénible arrivée, la nuit, dans une ville peu connue, aux logements surpeuplés, au milieu de la défiance et de la surexcitation générale. Un nombre considérable de fa-

milles du Midi se retrouvèrent avec étonnement dans le grouillement protecteur de l'active population lyonnaise. Fidèle à sa décision de prudence, Portalis ne s'occupa pas de politique, dans ce séjour agité, consacrant tout son temps aux consultations d'ordre juridique et d'intérêt général, pour lesquelles il était de plus en plus recherché.

L'insécurité le poursuivit également à Lyon. La Convention prescrivit d'en sortir à tous les Français qui n'y avaient point reçu naissance. En se soumettant à ce décret, Portalis crut obtenir facilement sa radiation de la liste des émigrés, où il avait été inscrit dès le mois de mars 1792, ainsi que sa femme et son fils. Au contraire, on le déclara définitivement et contradictoirement *émigré*. Traqué de toutes parts, il prit, de Villefranche, le parti désespéré de se cacher à Paris, pensant se perdre dans la multitude. Une dénonciation du comité lyonnais de Salut public l'y avait précédé... Pendant ce temps, la maison paternelle tendrement chérie devenait un feu de joie et le *comité révolutionnaire et de surveillance d'Aix* adressait au *comité* correspondant du Beausset deux mandats d'arrêt concernant la mère de Portalis et sa tante Fabre ¹.

L'Encyclopédie départementale des Bouches-du-Rhône nous donne sur la délivrance miraculeuse de Portalis les détails suivants : « Découvert et arrêté, il fut sauvé par un ancien clerc de procureur, Desvieux, qu'il avait jadis traité avec bienveillance à Aix. Président d'un des tribunaux de Paris et ami de Robespierre, Desvieux offrit à Portalis un passeport pour l'étranger ou la détention dans une maison de choix où il serait en sécurité. Portalis ne voulut pas de l'émigration. Un autre provençal, membre de la Commune de Paris, Payau, qui avait aussi connu Portalis, faillit le perdre en le dénonçant de nouveau à Robespierre qui inscrivit son nom sur les listes adressées chaque jour à Fouquier-Thinville. Desvieux, accompagné du jeune Portalis, courut en hâte auprès de l'accusateur public et réussit à gagner du temps en plaçant le dossier du père au-dessous de tous ceux qui étaient à examiner ! Le 9 thermidor sauva son protégé qui n'était pas au bout de ses tribulations » ². La sèche concision de ce rapport d'érudit est plus émouvante qu'un habile récit.



(1) L'original de ces mandats d'arrêt est conservé dans les papiers de la famille.

(2) Marseille 1913, tome XI, p. 400.

SECTION III. — LA SUPREME POLITIQUE

I

Portalis ne sortit de prison qu'en janvier 1794, et encore, après les instances réitérées de Durand Maillane et de Legendre de Paris. Il reprit alors pour quelque temps sa profession d'avocat, qu'il exerça à Paris avec autant de réputation qu'auparavant à Aix. Il la préféra même au siège de juge au Tribunal de Cassation que lui offrit la Convention : le défenseur des opprimés qu'il voulait être exigeait l'indépendance. Il se signala, en effet, à ce moment à l'attention publique par sa lutte, d'ailleurs témérement prématurée, contre les excès de la Convention : Dans une courageuse brochure, il réclamait la restitution des biens des condamnés aux familles de ces malheureuses victimes, avec cette épigraphe :

Hérite-t-on, grand Dieu ! de ceux qu'on assassine ? (Crébillon).

En même temps, il prenait publiquement la défense des habitants de la ville d'Arles, brimés par des bandits en crédit qui s'intitulaient « patriotes » pour consommer impunément leurs forfaits.

En dehors de ses travaux juridiques, et de quelques incursions publiques provoquées par l'indignation de l'honnête homme, Portalis ne s'occupait encore que très peu de politique. Lorsque la constitution de 95 fut décrétée et acceptée, par devoir, il se rendit parfois aux assemblées primaires de sa section (quartier Brutus), sans jamais y prendre la parole. Un jour cependant, une violente agitation se déclara sur une question délicate ; afin de sauver la situation et venir en aide au président qui faisait en vain tous ses efforts en vue de rétablir l'ordre, Portalis parla : immédiatement l'orage se calma. Depuis ce jour, il lui devint impossible d'éviter le succès oratoire qui fut couronné par son élection au Corps Législatif, où il fut envoyé à la fois par son quartier parisien, et par son département natal, celui du Var. Par son âge, il fut appelé à faire partie du Conseil des Anciens, tandis que son beau-frère Siméon entra au Conseil des Cinq-Cents. Porté par les événements dans le tumulte politique, qu'allait s'y montrer Portalis ?

La situation était alors la suivante : la guillotine, les assignats, les brimades de la « liberté » avait dégoûté le pays de la chose publique. On vivait dans le scepticisme et dans la torpeur politique. On se lançait plus que jamais dans le luxe effréné et

dans la débauche, pour oublier... « Les passions ont pris l'empire que les préjugés avaient perdu, dira Portalis quelques années plus tard. Mais les préjugés ont un cercle circonscrit dans lequel on peut suivre leurs effets, tandis que les passions subtilisées par le raisonnement ne connaissent ni limites ni circonférence » ¹. Quelques hommes de bien vinrent, décidés à faire entendre enfin la voix de la nation, étouffée depuis la Constituante. Parmi eux se tenait Portalis, dont le noble esprit, jusque là éloigné des questions politiques, sentit qu'il devait réagir contre cette indifférence générale qui pouvait devenir funeste à son pays.

Le problème primordial qui était à résoudre, celui de la viabilité de l'expérience républicaine, a été posé par Mignet dans les termes suivants : « C'était un moment solennel, il s'agissait de résoudre le plus grave problème social : il s'agissait de savoir si la République était praticable dans un vaste pays que la défense de son territoire et le progrès de sa grandeur avait dès longtemps conduit à l'unité du pouvoir; chez un peuple resté à son insu monarchique par les habitudes, s'il ne l'était plus passagèrement par les idées; à l'époque où les partis encore déchaînés se reprochaient leurs principes, ne se pardonnaient pas leurs excès, et, sans expérience comme sans frein, cherchaient toujours à triompher les uns des autres par la force, ne voyant dans la loi qu'un instrument de domination. Dictature violente sous la Convention, la République deviendrait-elle un gouvernement légal et durable sous le Directoire ? » ².

Les Conseils se reconnurent très vite comme présentant deux opinions bien distinctes. La Convention, avant de se séparer, et après avoir voté la nouvelle constitution, qui reconnaissait aux citoyens le droit d'élire leurs représentants, avait violé les principes qu'elle venait d'y inscrire et décrété le maintien des deux-tiers de ses membres au nouveau Corps Législatif. Ces Conventionnels ne voyaient pas sans haine les « hommes nouveaux » que le peuple avait choisis, dans le but, semblait-il, de réagir contre l'œuvre de l'assemblée précédente. C'est ainsi que Mignet dit justement en parlant des deux partis en présence : « Le premier voulait avant tout le salut de la Révolution, dût-il en résulter de nouveau la suspension de la liberté; le deuxième poursuivait le rétablissement de l'ordre social, dût celui-ci conduire à la Monarchie » ³. Ce deuxième parti formait le *Club de Clichy*, dont les membres s'avouaient de plus en plus ouvertement royalistes, décidés à rompre vivement avec les forces républicaines. Entre les deux factions rivales, mais sorti de la deuxième, se forma le *parti Constitutionnel*, dont Portalis allait prendre la direction.

(1) Lettre de Portalis à Mallet du Pan, du 29 juin 1798, recueil de A. SEYOUS, Paris 1851, p. 408.

(2) *Notices et Portraits*, Paris 1854, Notice sur le Comte Siméon.

(3) Notice citée.

Mathieu Dumas, l'un des fondateurs et grand ami de Portalis, nous expose la composition de ce parti destiné à représenter les vœux de la majorité de la nation : « Nous formâmes une réunion de douze individus¹... Cet espèce de comité fut toujours unanime sur les principes et sur les moyens; il n'y eut jamais d'arrière-pensées, jamais d'intrigues ni d'influence étrangère. Il n'est pas vrai, quelles que fussent au fond nos opinions monarchiques, que nous ayons servi la cause royale. Nous n'avions d'autre but, d'autre intention que de prévenir le retour de l'anarchie, et d'amener le gouvernement républicain tel que nous l'avions trouvé, tel que l'usurpation l'avait fait, à se légitimer aux yeux de la nation par la loyauté et la moralité de ses actes; nous désirions sincèrement qu'il prît son point d'appui, sa véritable force dans l'estime publique. »². Quel était le plan du parti ? « Il consistait à nous opposer fermement aux abus d'autorité, aux mesures violentes, sans toutefois nous refuser à seconder le gouvernement dans tout ce qu'il proposerait de raisonnable et d'utile. Nous voulions rétablir l'ordre et l'économie dans les finances, une bonne et impartiale administration dans la justice. Nous désirions que l'emploi des forces nationales et les opérations militaires fussent de bonne foi dirigées vers la conclusion d'une paix honorable et sûre. »

Portalis prit une part active aux travaux du Conseil des Anciens. Son éloquence était portée au plus haut point de son élégance, de son rythme, et de sa puissance, tandis que son expérience emplissait de sève et de poids ses discours émouvants dont la forme comme le fond étaient toujours mesurés. Sa personnalité droite, sa réputation honorable obligeaient à l'attention ses auditeurs, tandis que l'élévation de sa pensée forçait au respect de son opinion. Bien des fois, les motions que sa voix avait soutenues entraînaient l'unanimité du Conseil. Un jour même, un de ses discours eut cet effet prodigieux : de vifs applaudissements éclatèrent, les orateurs inscrits renoncèrent à la parole et l'on entendit Dupont de Nemours, qui devait parler le premier, s'écrier de sa place : « Quand Achille combattait, Ajax et Diomède n'avaient garde de prendre les armes. » Il s'agissait du célèbre discours sur les prêtres non assermentés, celui de tous qui empoigna apparemment le plus pathétiquement le cœur du religieux Portalis. Après ce triomphe oratoire complet et inespéré, il devient le chef du parti constitutionnel.

Rapportons le jugement de Lacretelle : « L'orateur qui donnait au Conseil des Anciens le plus de lustre et de poids, était

(1) C'étaient notamment : Portalis, Mathieu Dumas, Tronçon-Ducoudray, Barbé Marbois, Lebrun, Dupont de Nemours, Membres du Conseil des Anciens, Siméon, Dumolard, Membres du Conseil des Cinq-Cents. Le parti fut constamment en minorité dans le Directoire, soutenu par Carnot, Letourneur de la Manche et Barthélémy.

(2) Souvenirs de Mathieu Dumas, publiés par son fils, Paris 1839, tome 3^e, p. 73 et suivantes.

Portalis. C'était un esprit où le don de la grâce et celui de la force, l'art d'émouvoir et la puissance de la démonstration se combinaient dans une parfaite harmonie. Il se faisait écouter avec plaisir et avec une attention respectueuse de ceux même qu'il combattait. On goûtait auprès de lui le charme d'une improvisation correcte, ingénieuse et qui, bien qu'assez abondante, n'offrait jamais rien de stérile pour la pensée » ¹.

L'époque approchait des élections qui devaient renouveler le 2^e tiers des députés. Les Conventionnels, se sentant condamnés par l'opinion publique lassée, se soudaient fiévreusement, tandis que le Club de Clichy préparait ardemment sa résurrection. Toujours postée dangereusement entre les deux partis rivaux, la fraction modérée attendait avec confiance son ascension. Celle-ci fut en effet consacrée par les élections qui portèrent dans les Conseils un nombre considérable d'hommes nouveaux, pour la plupart des honnêtes gens, bien décidés à rester dans la légalité et à respecter l'ordre, au sein de la constitution. Quelques députés notoirement royalistes révélaient l'active propagande bourbonnienne, sur laquelle se braqua immédiatement l'attention des anciens conventionnels qui s'en firent une arme de poids. Le groupe constitutionnel, triomphateur réel des élections et sentant liées à sa destinée la paix et la sécurité nationale, fit sanctionner son succès par l'appel à la présidence des Conseils, de Portalis aux Anciens et de Siméon aux Cinq-Cents ².

Mathieu Dumas nous parle du Portalis de cette heureuse période : « Je fus nommé secrétaire quand mon ami Portalis fut appelé à la présidence du Conseil; et j'eus de fréquentes occasions d'admirer son beau talent et sa prodigieuse mémoire. Sa cécité presque absolue le mettait dans l'impossibilité de lire et d'écrire : il n'en suivait pas moins tous les mouvements de l'assemblée, maintenait l'ordre avec fermeté, et, connaissant la place de chaque membre, dont il distinguait merveilleusement le son de voix, il ne commettait jamais la moindre erreur en accordant ou refusant la parole. Si la discussion était interrompue par l'arrivée d'un message du Conseil des Cinq-Cents ou du Directoire, il suffisait que je lui en fisse la lecture une seule fois pour qu'il répâtât tout haut, en s'adressant à l'assemblée, la résolution tout entière, quelque nombreux qu'en fussent les articles, sans en déranger la série, sans changer aucune expression. »

Mais, se trouvant « dans l'opposition » en compagnie des membres actifs du Club de Clichy, les constitutionnels, tout à l'organisation des fruits de leur victoire, ne virent pas le péril qu'il y avait à lier passagèrement leur cause avec celle des royalistes, maintenant en plein travail. Ceux-ci, entraînant une masse de faibles et d'indécis, étaient parvenus à dominer le Conseil des

(1) *Histoire du Directoire*, livre V.

(2) Portalis succédait à Tronchet (Messidor, an IV), qui devait plus d'une fois appuyer de sa science et de sa raison les discours et rapports de son collègue.

Cinq-Cents, si bien que la Commission des Finances rejetait systématiquement presque toutes les propositions du Directoire. Ils exerçaient une influence occulte des plus importantes quand la trahison de Pichegru fut découverte par le Directoire. Ils fomentaient constamment des manifestations téméraires qui ne faisaient qu'aiguïser leurs adversaires, qui croyaient à l'apparente connivence des deux partis de l'opposition. Mathieu Dumas nous montre l'innocence de ces accointances, quand il dit : « Mes amis et moi, nous nous rendions assidûment à ces réunions (du Club de Clichy), et nous nous appliquions à tempérer l'effervescence qui allait toujours croissant. » La catastrophe finale vint sanctionner l'erreur de cette politique.

Le Directoire montrait les dents. Un coup d'Etat parut imminent. Le parti constitutionnel, voulant conserver jusqu'au bout cette attitude impartiale qui était son mot d'ordre, au risque même de partager de toute façon la défaite d'un des deux partis en présence, tenta un dernier effort, pour faire triompher, au sein du Directoire divisé, la légalité sur la force. « Nous résolûmes, continue Mathieu Dumas, de faire une dernière tentative auprès du Directoire. Portalis et son beau-frère Siméon connaissaient particulièrement Barras; ils avaient eu, en Provence, beaucoup de rapports avec sa famille; ils se chargèrent d'aller le trouver : Barras était alors le plus accessible des trois membres qui composaient la majorité du Directoire... Barras écouta fort attentivement l'exposé des deux habiles et célèbres avocats de la cause nationale. Ceux-ci lui démontrèrent que la majorité dans les deux chambres étant certainement acquise au parti constitutionnel, puisque Portalis était président du Conseil des Anciens et Siméon président du Conseil des Cinq-Cents, il était plus sûr et plus honorable de gouverner par cette influence, dans le sens du véritable esprit et de l'opinion générale, que de s'obstiner à la détruire par la violence, sans savoir où ce mouvement pourrait conduire le gouvernement. Le dictateur (car il en avait assumé le pouvoir et pris les allures) parut ébranlé et si frappé des arguments de Portalis et de Siméon qu'il indiqua pour le lendemain une nouvelle conférence, à laquelle je fus appelé avec mes deux amis. »

Mais Barras, soit mauvaise foi, soit impossibilité par suite d'autres engagements, ne tint rien de ce qu'il avait promis « foi de gentilhomme républicain ». Une armée de 15.000 hommes s'approchant de Paris, proclamait qu'« elle allait mettre les Conseils à la raison ». Le parti constitutionnel était perdu. Les modérés seraient évidemment enveloppés dans la proscription des royalistes. Portalis garda jusqu'à la fin la plus noble attitude et ses derniers discours sont animés comme toujours de l'esprit de conciliation et de justice. Le 18 fructidor, an V, les Conseils étaient envahis par les soldats, la constitution de l'an III déchirée; le Directoire, cassant par un décret les élections de 48 départements,

s'arrogeait des droits dictatériaux et déportait, à titre de « royalistes », les membres les plus éminents des deux Conseils, ainsi que de nombreux journalistes, condamnés à mourir en Guyane. Par ce verdict, Portalis expiait son attitude franchement constitutionnelle, sa liberté de parole et son indépendance politique.

Portalis put se sauver cette fois encore. Des amis dévoués le cachèrent dans leur maison, d'autres préparèrent sa fuite, tandis que le Baron Dreyer, Ministre du Danemark, lui procurait un passeport. Celui qui avait refusé l'émigration du temps de la Terreur, maintenant chassé de France, commençait une existence d'exil. Sa cécité l'empêchant de voyager seul, il emmena avec lui son fils Charles¹, âgé de 19 ans, compagnon modèle et disciple de choix, laissant avec douleur derrière ses pas mal assurés, dans une ville en révolution, pour une période dont il n'entrevoyait pas le terme, une femme adorée et un tout jeune garçon.

II

Était-ce *l'ambition politique* qui avait, en l'an IV, tourmenté Portalis ? Nullement. Il était de ceux qui se laissent facilement conduire, quand ils connaissent l'autre place à laquelle les a voués quelque vocation, et qui savent s'y tenir. Il ne pensait guère à jouer un rôle politique, et comptait d'ailleurs sur une force plus intime pour calmer les esprits. Un jour était venu, cependant où, encrassé, chaoté, fiévreux, chancelant dans sa possibilité même, le *pouvoir* échappait aussi aux mains passionnés et, à bout de souffle, réclamait l'*ordre* pour exister. Portalis voulut *se dévouer*, tandis que la politique se débattait dans un dernier sursaut. Il ne demanda rien pour lui-même et, tentant alors d'*être utile*, il apparut au centre des destinées de la France.

Après l'écrasement, Portalis se jugeait dans une lettre à sa femme, d'exil, du 27 décembre 1797 : « ... Ce misérable état de ma fortune, après plus de trente ans de travail, constate mon désintéressement. Existe-t-il une seule créature qui puisse se plaindre de moi ? S'il y a des hommes qui se sont faits mes ennemis, je n'ai pas mérité qu'ils le devinssent et je ne serai jamais le leur... J'ai fait tout ce qui était en moi pour soutenir le gouvernement et le bon ordre. Même les hommes de parti m'ont rendu justice. Eh bien ! ma bonne amie, avec une âme sans reproche, je suis au-dessus des événements. Mais, je t'en conjure, que ta santé ne souffre pas. Cela me tuerait. »

Ainsi, l'échec ne l'aigrit ni l'étonna. La violence des événements, qui inhibait à l'avance tout effort, ne fit que l'attacher plus fortement à ses maximes passées. Citons le passage terminal de sa lettre à Lafayette, dont la copie est datée du 18 novembre 1798 :

(1) Que nous connaissons sous ses noms de baptême : Joseph-Marie.

« Pour moi, mon cher concitoyen, je ne me suis jamais occupé de politique que par occasion. Je ne prends aujourd'hui intérêt à cette grande et peut-être à cette trop inutile science, que parce que les droits et les malheurs de l'humanité me paraissent liés aux principes vrais ou faux de la politique. Mes malheurs ne changeront jamais mes manières, et ma patrie, bien distincte des anarchistes qui la désolent, me trouvera toujours fidèle comme mes amis. »

Ces nobles paroles sont la simple expression de la sagesse pratique d'un homme d'Etat « par occasion », pour qui la politique était science illusoire et vaine, et qui s'en soucia cependant, parce que tout devait être tenté à l'heure décisive du redressement suprême.



SECTION IV. — L'EXIL AUX BORDS DE L'AMITIE

I

Nous ne retracerons pas toutes les routes de l'exilé et ne visiterons pas chacune de ses haltes. Il marcha, tant qu'une sécurité relative ne forma pas un asile digne de la paix qu'il portait. Necker l'appela à Coppet. D'autres amis préparaient son passage à Bâle, puis à Zurich. Il préféra la deuxième voie, et parcourut ainsi la Suisse, puis l'Allemagne, faisant de nombreuses connaissances, inspirant partout l'amitié des personnages les plus intéressants. Meister, « littérateur estimable, qui a le meilleur goût et le meilleur ton », dit de lui Portalis, lui fit connaître à Zurich Lavater. Celui-ci « qu'une habitude assez ancienne désignait aux visiteurs » a-t-on dit¹, présentant « toute une bonhomie exaltée dont nos exilés allaient volontiers goûter la singularité, et aussi l'indiscutable réconfort » séduisit notre auteur par son cœur d'élite et ses larges vues. A Fribourg-en-Brigau, il rencontra pour la première fois le fameux Mallet du Pan, l'agent royaliste qui n'avait pas été étranger à sa perte, en le comptant bien témérairement parmi les siens. Sa fertile intelligence et la sincérité de ses sentiments, indépendamment de toute opinion politique, plurent à notre auteur, qui resta en correspondance avec lui. Passant à Tubingue, il rendit visite à Narbonne et à Suard. Il eut également l'occasion de se lier intimement avec Jacobi dont la philosophie poétique et les vertus l'enchantèrent : ce fut bientôt « l'ange tutélaire »² des *constitutionnels* réfugiés en Allemagne. Bien d'autres encore atténuaient sa peine ou s'inquiétaient de sa sécurité : « Chacun cherche à adoucir notre situation et à nous rendre service »³, c'est le texte de toutes ses lettres.

Voici quelques-unes de ses rencontres et impressions de voyageur, relatives à son séjour en Suisse : « Il y a toujours quelque littérateur ou quelque savant d'Allemagne qui vient voyager en Suisse; ces jours derniers, nous avons le célèbre Goethe, auteur des passions du jeune Werther. »⁴ « Tous les journaux de l'Allemagne disent du bien de ton ami qui aimerait mieux être oublié. — Le commissaire du Directoire exécutif, qui a passé

(1) BALDENSBERGER, *Le mouvement des idées dans l'émigration française*, Paris 1924, tome I, p. 136.

(2) Il s'agit presque d'un surnom, qu'emploient à chaque occasion Portalis, son fils et Mathieu Dumas !

(3) Lettre de Portalis à sa femme, de Baden, du 28 nov. 1797.

(4) Lettre de Zurich du 27 octobre 1797.

ici, a dit aux magistrats du pays, qu'il savait que j'y étais et que le gouvernement français ne trouverait pas mauvais qu'on m'eût accueilli. Je ne dis cela que pour toi..... Certainement je ne puis donner aucune inquiétude à ceux qui connaissent mes principes et mon cœur. » ¹ « Ici nous sommes toujours aimés et choyés. Nous passons notre vie avec des hommes instruits et ne nous occupons que de science et de littérature. » ² Pendant son séjour à Baden où il n'y avait pas de poste, le messenger de Zurich faisait un détour pour prendre son courrier; on lui confiait tous les livres qu'il demandait; le chef de l'Etat lui-même se déplaçait pour le recommander. Portalis en concluait : « Toutes ces attentions distinguées, ma bonne amie, sont des adoucissements à nos maux. Je sens plus que jamais tout le prix d'une bonne réputation et d'une bonne conduite. » ³ « On jouit à l'étranger, disait-il encore, de la considération qu'on a su mériter ailleurs. » ⁴ De retour à Zurich il poursuit son rapport : « Tout le monde vient me voir et je ne puis refuser personne. Chaque courrier, j'ai à répondre à des lettres d'amitié et d'intérêt qui me sont écrites par une foule de littérateurs et d'hommes respectables que je ne connais pas, et qui tous voudraient m'avoir dans leur habitation. — Les aristocrates et les fous ne font pas fortune à l'étranger. On y méprise celui qui dit du mal de son pays, et on ne fait cas que des véritables connaissances et de la modération avec laquelle on sait être malheureux sans devenir déclamateur. » ⁵

Grâce à cet accueil inespéré et à ce sympathique entourage, l'inquiétude de Portalis, peu à peu, se dissipait. « Enfin, ma bonne amie, écrivait-il le 5 décembre 1797, le message du Directoire contre les émigrés et les déportés est arrivé. On demande l'expulsion de tous les émigrés sans exception, l'arrestation et l'extradition des déportés. Ne t'inquiète pourtant pas sur le compte de ton ami. Il sera obligé de s'absenter pendant quelque temps, parce que le message ne fait aucune exception quelconque. Mais tu peux lui faire passer tes lettres à la même adresse. La Providence veillera sur lui. Tu ne saurais croire les témoignages d'estime et d'intérêt qu'il reçoit dans cette occasion ». Et il complétait le 8 décembre : « La demande du Directoire contre les émigrés et les déportés sera portée à une diète générale que l'on assemble expressément pour cela. On veille sur ton ami, qui se fait aimer de tout le monde, et que l'on viendra chercher en voiture, quand il le faudra, et au moment même, dans la retraite qu'on lui a ménagée pour le temps qu'il sera obligé de s'absenter ⁶.

(1) Lettre de Zurich du 14 novembre 1797.

(2) Lettre de Zurich, du 17 novembre 1797.

(3) Lettre de Baden, du 21 novembre 1797.

(4) Lettre de Baden, du 24 novembre 1797.

(5) Lettre de Zurich, du 15 décembre 1797.

(6) Nous avons eu entre les mains la copie d'une lettre du genre de celles auxquelles fait allusion Portalis. Suard écrivait à Meister le 14 décembre 1797 : « J'ai l'assurance d'une parfaite sécurité pour notre bon P., dans le voisinage très proche du lieu où je suis... Vous m'entendez. Je suis positivement autorisé

Mais les courriers consolants mettaient de nombreux jours, avant de parvenir à leur inquiète destinataire parisienne. Portalis était obligé de réitérer, à l'usage de sa femme, les preuves de sa sécurité : « Au nom de Dieu, ne t'inquiète pas, suppliait-il. Il est très vrai que l'on exécute rigoureusement l'expulsion de tous les français. — Il en passe tous les jours, la plupart à pied, mourant de misère et de fatigue. Mais ton ami n'a qu'à se louer jusqu'ici de la Providence et des hommes. Tu jouirais si tu pouvais voir l'amitié et la considération avec laquelle on le traite. Il n'a pas même le souci de chercher un asile. On lui en offre de toute part. Il n'a que l'embarras. Il est même une chose qui est bien consolante dans son malheur. A mesure qu'on a su la demande faite à la Suisse, on a écrit de partout pour s'enquérir du sort de ton ami. Je transcris les propres paroles d'une lettre écrite par un des savants les plus respectables de l'Allemagne : *Donnez-nous des nouvelles d'un ancien que l'on dit avoir choisi une retraite chez vous, qui est à la fois littérateur, philosophe, jurisconsulte, et le premier orateur de l'Europe, que ses vertus publiques et privées recommandent à l'humanité entière, et dont toutes les opinions et les rapports sont des chefs-d'œuvre de morale, de philosophie et de politique.* Je suis bien loin de croire que ton ami mérite tout cela. Mais tout cela prouve qu'il a des consolations » ¹.

La lettre que cite Portalis nous montre ce qu'il représentait d'élevé et de sublime aux yeux des étrangers, admirateurs de la France et navrés de sa passagère déchéance. Les Français aussi, même les émigrés de la première heure, prenaient grand intérêt au sort de notre auteur. Nous n'en voulons pour preuve que la lettre analogue qu'envoya de Londres, le 13 novembre 1797, Lally Tolendal à Mallet du Pan, alors en Suisse, dont nous nous devons de rapporter quelques passages : « Il y a surtout un Ancien qui me tient bien à cœur, un homme doué de toutes les vertus publiques et privées, un père de famille, un publiciste, un jurisconsulte, un orateur, dont tous les rapports étaient des traités de morale, de législation et de politique, qui voulait de grandes mesures et point de coups d'épingles, de l'imposant et non de l'irritant, de la justice et non de la vengeance... Nest-ce pas Monsieur, que vous l'avez non pas même deviné, mais reconnu. Appelez-le *le Père de famille*, et si vous savez ou apprenez quelque chose de lui, je sentirai jusqu'au fond du cœur la bonté que vous aurez de m'en instruire. Si vous le rencontrez, vous en serez bientôt avec lui et à la confiance et à l'amitié, parlez-lui de moi. Dites-lui... qu'il est un objet continuel de sollicitude et d'entretien entre moi et une personne qui a eu le bonheur de le voir, et dont l'estime et l'intérêt au degré où elle les porte pour lui, peuvent s'appeler en

à engager notre ami à venir. J'espère qu'il n'aura ni répugnance à le faire ni engagement qui l'en empêche. Écrivez-lui donc tout de suite, et combinez cependant avec lui ce qui lui conviendra le mieux. »

(1) Lettre du 27 décembre 1797

vérité un garant et une récompense de tout ce qu'il a de bon, de pur et de noble ».

Nous avons de bonnes raisons de penser que cette « personne » dont parle Lally Tolendal était Mme de Staël, avec qui ce dernier se trouvait très lié. Il l'avait fréquentée assidûment pendant son séjour en Angleterre de 1793, l'avait revue à Coppet et était resté avec elle en correspondance suivie. La suite immédiate du passage cité roule d'ailleurs — est-ce un enchaînement d'idées ? — sur Necker : « J'ai écrit, il y a quelques semaines, à M. Necker. Je n'ai pas osé lui en parler. On m'a dit cependant qu'il n'était pas impossible qu'il eût été assez heureux pour faciliter son évasion », etc. Mme de Staël ne devait pas toujours maintenir son admiration à Portalis père, quand il sera devenu le confident de son ennemi intime. Le jeune Portalis écrira de Berlin à son père, le 17 mars 1804 : « Mme de Staël... m'a demandé de vos nouvelles, tout en me déclarant qu'elle était l'ennemie de vos opinions ».

Malgré ces satisfactions d'orgueil et d'amitié, malgré cette sollicitude générale, la blessure restait vivace au cœur de Portalis : c'était l'homme du foyer qui souffrait. Il écrivait à sa femme : « Un quart d'heure dans la famille vaut mieux que les plus belles journées avec des indifférents. Je ne puis retrouver mon bonheur qu'en te rejoignant » ¹. « Tu peux être tranquille sur notre sagesse. Il ne m'est pas difficile d'être sage. Car je n'ai aucune passion haineuse et turbulente. Mon vrai plaisir, mon seul plaisir est de t'écrire, de recevoir de tes lettres, de savoir que tu te portes bien, que tu ne t'inquiètes pas, et que tu m'aimes » ². « Nous sommes toujours avec toi, et, malgré notre douloureuse séparation, notre cœur te cherche et te trouve partout où nous sommes » ³.

II

La Révolution qui atteignait la Suisse le chassa pourtant encore de ce pays accueillant. Ses amis qui veillaient, lui firent gagner l'Allemagne, et Portalis séjourna d'abord quelque temps à Fribourg-en-Brigau. Voici ses premières impressions sur l'Allemagne qu'il découvrait : « Le pays que nous habitons est tranquille. Les mœurs y sont douces. Les idées religieuses y sont encore comme elles étaient en France il y a deux siècles. On y est instruit sans y être *philosophe*. La constitution du pays y est comme celle des pays d'états de l'ancienne France. On y aime la musique, les spectacles, mais on y cultive moins qu'en Suisse la

(1) Lettre du 12 décembre 1797.

(2) Lettre du 19 janvier 1798

(3) Lettre du 10 octobre 1797.

littérature et les sciences... Je passe ma vie à lire et à travailler » ¹. « Les principes de liberté prospèrent partout... La liberté traduite en allemand, va parcourir et consoler le monde. Le peuple en Allemagne est encore reculé de deux siècles. Mais les savants, dans leurs livres et dans leurs spéculations, reconstruisent le monde et refondent absolument toutes les sciences. C'est un spectacle très curieux que cet élan universel de l'esprit humain vers un nouvel ordre de choses » ².

Pendant ce temps, le philosophe allemand Jacobi, qui avait, dès la première rencontre en Suisse, voué à Portalis une affection fidèle, lui préparait un gîte de sa façon. En relation avec les écrivains les plus illustres et les hommes politiques les plus influents, il intéressa au sort de ses amis errants les deux Stolberg, dont l'un était ministre et l'autre chambellan du roi de Danemark, fins lettrés et propriétaires de très beaux domaines, près de Hambourg. Le Comte Christian de Stolberg envoya immédiatement des fonds pour couvrir tous les frais d'habillement et de voyage, et pour acheter une confortable voiture, en même temps qu'une lettre touchante par laquelle il invitait Portalis, son fils et son beau-frère Siméon qu'on croyait avec lui. Les exilés se mirent aussitôt en route pour le Holstein et traversèrent l'Allemagne.

De son côté, Mathieu Dumas, réfugié déjà chez ce même Comte Christian de Stolberg et la Comtesse, née Louise de Reventlow, ayant eu, par l'intermédiaire de Jacobi, des nouvelles de son ami, faisait à ses hôtes la même prière. Voici son rapport : « J'étais fort inquiet du sort de mes collègues, et dans le petit nombre de ceux qui, ainsi que moi, avaient pu se sauver et sortir de France, Portalis aveugle, errant en Suisse avec son fils, et certainement poursuivi par les agents du Directoire, m'occupait beaucoup. Je reçus enfin de ses nouvelles, il s'était réfugié à Fribourg-en-Brisgau, il y était isolé et très malheureux. Je communiquai sa lettre à mes hôtes qui, sans hésiter un instant, me proposèrent de le faire venir à Tremsbüttel. Le Comte de Reventlow, qui s'y trouvait dans ce moment, réclama (ce fut son expression) l'avantage de partager l'honneur de cette hospitalité, et m'offrit de recevoir à son château d'Emkendorff, mon ami Portalis avec son fils. Ils ne tardèrent point, malgré la rigueur de la saison, c'était au mois de janvier 1798, à venir me joindre à Tremsbüttel, d'où nous les conduisîmes à Emkendorff. Le Comte de Reventlow et la Comtesse Julie, femme angélique dont je parlerai plus tard, accueillirent Portalis et son fils comme je l'avais été moi-même à Tremsbüttel » ³.

Transcrivons encore un passage de Mathieu Dumas, absolument conforme à toutes les descriptions enthousiastes des deux

(1) Lettre du 23 janvier 1798.

(2) Lettre du 26 janvier 1798.

(3) *Souvenirs de Mathieu Dumas*, Paris 1839, tome 3, p. 140.

Portalis, qui nous montre dans quelle famille d'élite ils entraient véritablement. « La Comtesse de Reventlow, qui, depuis dix ans, luttait contre un mal de consommation, à laquelle elle succomba quelques années après, était un modèle de toutes les vertus, comme elle avait été, peu de temps auparavant, un modèle de beauté et de toutes les grâces. Elle supportait de cruelles douleurs, sans que sa douceur naturelle et son égalité d'humeur en fussent jamais altérées. Elle avait voyagé en Italie et dans la plus grande partie de l'Europe avec son mari, qui avait été ambassadeur en Angleterre, et depuis à Berlin. On ne peut imaginer un spectacle plus touchant que celui des soins qu'il rendait à sa Julie. La Comtesse était fort attachée à mon ami Portalis, dont la conversation, aussi substantielle qu'intéressante, et les principes de morale philosophique et religieuse, convenaient également à l'élévation de son âme, à la sensibilité de son cœur et aux lumières de son esprit. Le Comte et la Comtesse de Reventlow, n'ayant point d'enfant, avaient adopté et élevé près d'eux une jeune personne très intéressante, Mademoiselle Ina, Comtesse de Holck. Le fils de mon ami se montra digne de lui plaire, et le projet de cette union, qui s'effectua deux années après, fut une des plus grandes consolations que pût recevoir la Comtesse Julie » ¹.

C'était une véritable atmosphère intellectuelle qu'on respirait alors en Holstein. Au château d'Emkendorff se réunissait une société choisie dont faisaient partie Jacobi, Vanderbourg, M. d'Angevilliers, quelques professeurs distingués de l'Université de Kiel, le poète Voss, Klopstock alors dans toute sa gloire, Niehbur qui « promettait », bien d'autres encore, notamment le Français Quatremère de Quincy, qui demeurait non loin de là; Bureaux de Pusy, Latour-Maubourg y faisaient de fréquentes visites, et La Fayette y vint une fois de Hambourg. La Comtesse Julie, allongée, faisait vivre son salon par son esprit et sa grâce, comme les grandes dames françaises du XVIII^e siècle avaient su nourrir et orner le leur. Portalis put se rappeler les succès de sa conversation éblouissante au milieu des nobles qui le reçurent à Paris en 1782 et qui le fêtèrent, lui, avocat provençal d'extraction bourgeoise, comme leur égal. Ici encore, s'il apprit lui-même à s'insérer sagement dans le mouvement des esprits dont il était le témoin, sa présence fut loin d'être un des moindres attraits pour les visiteurs...

A défaut de la correspondance de Portalis, qui manque pour cette période, voyons ce que nous rapporte l'autre témoin direct : « Cercle fort remarquable d'hommes dont les talents, les opinions véritablement libérales, la douce philosophie et la saine politique, ornaient et honoraient le Holstein. On aurait peut-être vainement cherché en Europe un tel faisceau de lumières, une

(1) *Ouvrage cité*, p. 159.

si bonne école de philosophie pratique. Nous y représentions l'école française et nous y apportions un faible contingent. Le moindre était, sans doute, le mien, car Portalis avait un fonds inépuisable et son éloquence entraînante était soutenue par la force et la profondeur des pensées... Il improvisait quelquefois des discours sur des sujets qui lui étaient donnés par la Comtesse Julie, et mes répliques servaient à animer son excellente discussion » ¹.

M. Baldensperger parle à plusieurs reprises dans son livre de ce foyer lettré des environs de Hambourg : « Là, dans un milieu disert et tolérant, où l'on s'efforce de se tenir à égale distance de l'obscurantisme et des surenchères novatrices, où Jacobi représente un platonisme sentimental et les Stolberg un luthéranisme fort ébranlé, dans un pêle-mêle de tendances aussi bigarré qu'un congrès des religions et aussi paisible qu'une Académie, le futur rédacteur du Concordat se rallie à une sorte de modérantisme qui, à cette heure, n'est pas loin d'être une hardiesse » ². Il conclut : « En tout cas, les fervents de conversation, les virtuoses d'échanges d'idées ne se plaignaient pas de manquer d'interlocuteurs ou de comparses... » ³. La délicate, spirituelle et radieuse conversation française faisait triomphalement son tour d'Europe, tandis que ses champions les plus éloquents éclairaient çà et là les salons que l'étranger ouvrait pour leur usage.

III

Portalis resta deux années dans ce milieu exceptionnel. Il s'y découvrit de sincères et durables amitiés et fit en sa personne aimer la France dont il portait pieusement la parole. L'exil était devenu bien doux; pourtant il resta fidèle aux êtres et aux choses qu'il avait dû laisser, et n'aspirait réellement qu'à une chose, à les retrouver, à contempler son petit Marius né en 1795, à reprendre même une vie ingrate, mais auprès de celle qu'il aimait. Aussi restait-il à l'affût de tout ce qui pouvait favoriser son retour. Très vite, il comprit quel événement servirait sa cause. Il écrivait à sa femme, notamment le 1^{er} décembre 1797 : « Bonaparte a traversé toute la Suisse. On lui a rendu les hommages que ses brillantes qualités et ses succès lui méritent. — Quand il sera à Paris, il faudra tâcher d'avoir quelqu'un auprès de lui ou auprès de sa femme pour nos affaires. Tu jugeras de cela mieux que nous. Nous nous abandonnons à ta sagesse et à ton amitié ». Et il reprenait le 15 décembre : « Bonaparte ajouterait une grande gloire à celle qu'il a déjà si, après avoir vaincu et pacifié l'Europe, il pouvait éteindre les partis qui désolent la

(1) *Ouvrage cité*, p. 160.

(2) *Ouvrage cité*, tome 2^e, p. 46.

(3) *Ouvrage cité*, tome 1^{er}, p. 141.

France, et faire qu'il n'y eût plus qu'une âme entre les citoyens, comme il n'y a qu'une patrie. Il ne faut rien négliger, ma bonne amie, auprès de ceux qui peuvent faire le bien, si on peut avoir quelque accès auprès d'eux. Ton ami ne désire ni place, ni fortune, ni influence, il ne demande que d'être réuni à une famille qui par la médiocrité de ses moyens ne peut faire envie, et que l'on ne persécuterait pas, si on la connaissait mieux ». Il concluait le 1^{er} décembre 1799 : « Je me félicite d'avoir prévu ce qui est arrivé. Mais si j'avais osé te rendre compte, au fur et à mesure de chaque événement, de mes pensées, tu aurais vu que je ne me suis trompé sur aucun ».

L'autorisation de rentrer en France fut accordée à Portalis le 27 décembre 1799, et il se mit bientôt en route avec Mathieu Dumas et Quatremère de Quincy, pour arriver à Paris milieu février, avec l'état d'esprit qu'on devine facilement et qui est important à noter ici : « Heureux de rentrer sur la terre natale et pleins d'une juste reconnaissance pour le héros qui nous rendait à nos familles et à nos foyers paternels : ceux qui ont souffert les maux de l'exil peuvent seuls apprécier un tel bienfait »¹. Une surprise fut réservée à Portalis durant son voyage, qui nous est racontée par Mathieu Dumas. A Osnabrück, pendant le relais, une voiture de poste s'arrête à côté de la leur, un jeune homme s'élance, pousse un cri, et tombe dans les bras de Portalis; c'était le duc de Choiseul, l'un des naufragés de Calais, que l'éloquence de Portalis avait sauvé de l'échafaud.

Citons pour terminer un passage de sa dernière lettre d'Emkendorff, adressée à sa femme, le 15 janvier 1800, qui a été heureusement conservée : « Ne sois pas en peine de l'argent pour notre route. Nos respectables amis me font faire pour le voyage, un habillement tel qu'on les porte dans le nord quand on y voyage en hiver, et certainement je n'aurai pas froid. Ils ont voulu encore fournir aux frais de la route. Mais je n'en ai pas besoin. Car j'ai encore tout ce qu'il faut pour cela. Pendant tout mon séjour ici, je n'ai pas eu occasion de dépenser un sol, pas même pour les étrennes des domestiques consacrés à notre service, car nos respectables hôtes, à notre insu, faisaient distribuer en notre nom de larges étrennes à ces domestiques qui avaient ordre, sous peine d'être renvoyés, de refuser tout ce que nous leur offririons directement. Lorsque nous faisons nos petites courses aux environs, les domestiques étrangers étaient payés de même. Je doute qu'il y ait beaucoup d'exemples pareils. Enfin, quand nous te raconterons en détail tout ce qui nous est arrivé d'agréable, tu croiras entendre un roman ».

Si nous n'avions publié ce qui rappelle de quelle façon des personnes de grand cœur ont pu comprendre l'hospitalité, nous n'aurions pas crû dignement clore cette quatrième époque de la vie d'un honnête homme.

(1) *Souvenirs de Mathieu Dumas*, tome 3^e, p. 170.

SECTION V. — LE BON GENIE DE NAPOLEON

I

Dès son arrivée, Portalis fut présenté au Premier Consul par Lebrun, alors Consul de la République qui, oublié des proscriptionnaires de fructidor, avait passé son temps à rendre service à ses anciens collègues constitutionnels. Bonaparte le nomma immédiatement Commissaire du gouvernement près le Conseil des Prises. On appelait ainsi une commission établie pendant la guerre pour décider de la validité des prises faites par les vaisseaux de l'Etat ou par ceux des particuliers dans certains cas. Portalis prononça un discours d'installation qui fit beaucoup de bruit et fut traduit en plusieurs langues. On y lisait les maximes suivantes : « Faire en temps de paix le plus de bien et en temps de guerre le moins de mal possible, voilà le droit des gens... En inspirant la terreur on peut momentanément accroître ses forces; mais c'est en inspirant la confiance qu'on les assure à jamais. L'injustice fut toujours mauvaise ménagère de la puissance... Nous avons étonné et ébranlé l'Europe par l'éclat et la force de nos armes; il est temps de la rassurer par nos principes et de la consoler par nos vertus. » Dans l'exercice de son ministère, on le vit plus d'une fois intervenir officieusement pour corriger des irrégularités commises par des étrangers sollicitant l'équité du conseil, ou suppléer à des exceptions qu'ils négligeaient d'invoquer. Le rôle de la partie publique prit, entre ses mains, de la grandeur.

Le 12 août 1800, Portalis fut nommé membre de la commission de rédaction du Code civil, avec Tronchet, Bigot de Préameneu et Maleville. Le projet de Code civil fut déposé, le 21 janvier 1801, pour être communiqué aux magistrats et remanié d'après leurs observations. Le projet de Code civil révisé fut soumis en juillet 1801 au Conseil d'Etat où Portalis avait été nommé en septembre 1800. Pendant ce temps, notre auteur avait dû donner toute son intelligence à la préparation du *Concordat* qui fut signé avec l'envoyé du Pape, le 15 juillet 1801. La discussion du Code Civil commençait à peine au Conseil d'Etat que Portalis fut *chargé de toutes les affaires concernant les cultes* (septembre 1801). Au même moment encore (autour de décembre 1801), Portalis fut choisi, pour représenter le pouvoir dans ses graves démêlés avec le Tribunal, après quoi il dut se remettre aux travaux du Concordat qu'il fallait faire approuver des Assemblées (avril 1802).

Ensuite Portalis divisa son temps entre la préparation des ex-

posés des motifs des titres du Code civil qu'il devait présenter au Corps législatif, la discussion qui continuait au Conseil d'Etat et la *Direction générale des cultes*. Cette dernière tâche était immense et Portalis, seul capable de l'accomplir, en supportait la grandiose responsabilité. Elle supposait chez lui la connaissance des plus petits détails de chacun des cultes dont il fallait assurer la marche harmonieuse et bienfaisante; elle exigeait encore la mise en confiance de tous les ministres et fonctionnaires qui devaient, de plus, être nommés par le gouvernement, suivant les principes de l'Eglise gallicane consacrés par le Concordat. L'activité du *Ministre des Cultes* englobait également la réorganisation de l'instruction publique.

Portalis était en outre *Ministre de l'Intérieur* par intérim au moment du sacre de Napoléon et de la réception du Pape : Nous avons eu entre les mains une lettre inédite de Champagny, venant d'être nommé ministre en titre, jusque là ambassadeur à Vienne, dans laquelle il souhaitait arriver à Paris le plus tard possible et comptait aisément sur les lumières et le zèle que tous connaissaient à son collègue, pour aplanir son propre travail dans ces grands événements qu'on préparait avec fièvre...

On perd l'haleine, rien qu'à l'énumération de cet enchevêtrement — et nous n'avons donné que les têtes de chapitres des principales occupations de Portalis — quand on sait avec quelle ardeur, quelle patience, quelle minutie et quelle conscience, il accomplissait chacun de ces devoirs. Essayons maintenant de voir d'un peu plus près quelques-uns de ses travaux pendant cette période si remplie de sa longue carrière : d'abord son intervention politique, puis son action en vue de la paix religieuse, enfin son influence dans la législation française. Nous rechercherons ensuite quels furent exactement ses rapports avec Napoléon, avant de raconter les dernières années de sa vie mémorable.

II

Commençons par retracer dans ses grandes lignes le *concours politique de Portalis*. On connaît le rôle primordial et divers du Conseil d'Etat sous le Consulat et l'Empire. Associée par la Constitution de l'an VIII à tous les actes importants de la souveraineté, cette institution fut, comme on l'a dit, *le confident de la pensée impériale*. Elle fut aussi *l'exécutant* des désirs de son maître. On le vit bien dans la question des tribunaux spéciaux à laquelle Portalis prit une part active.

La section de législation du Conseil d'Etat (dont Portalis faisait partie) était saisie depuis quelque temps d'un projet de loi sur l'organisation des *tribunaux spéciaux* chargés de juger sommairement les malfaiteurs et les brigands qui infestaient dange-

reusement les grandes routes. Lors de l'affaire de *la machine infernale*, Bonaparte voulut remanier le projet en question dans un sens politique, de façon à donner au Premier Consul une sorte de dictature, par laquelle il pût écraser à son gré les Jacobins que l'opinion publique désignait comme auteurs du complot. Portalis pensait au contraire, avec ses collègues, que, pour prévenir de nouveaux attentats, il suffisait d'ajouter à la loi deux nouveaux articles, qu'on soumettrait sans retard au Corps Législatif, dans l'esprit suivant : 1° Attribuer à ces Tribunaux spéciaux la connaissance des crimes contre la sûreté des membres du Gouvernement; 2° conférer aux conseils le droit d'expulser de Paris les hommes dont la présence leur paraîtrait de nature à compromettre la sûreté de l'Etat. Il s'agissait bien là de pouvoirs extraordinaires confiés au gouvernement, mais au moins, c'était une loi, qui avait, de plus, le caractère d'une mesure de défense et non celui d'un acte de colère. Elle ne consacrait pas l'usurpation des fonctions judiciaires par le pouvoir exécutif, en conférant aux conseils l'application arbitraire d'une peine criminelle; elle leur permettait seulement l'exercice d'un droit de haute police.

Mais Bonaparte tenait à profiter de l'occasion pour se forger une arme plus redoutable. Aux objections qui lui étaient faites au Conseil d'Etat, il répondit par une brutale sortie qui leva la séance. Le lendemain, chez Cambacérès, Portalis reprit sa propre opinion, s'opposant à toute mesure violente. Il désirait en général sauver la liberté individuelle et surtout éviter que le châtiment prévu ne tombât sur des innocents. Le silence obstiné du ministre de la police, Fouché, lui avait, en effet, inspiré des doutes sur l'accusation portée contre les Jacobins. Son opinion ne triompha malheureusement pas. Le Conseil d'Etat, dompté, s'inclina enfin devant la volonté de Bonaparte qui voulait un châtiment prompt, éclatant et terrible. Portalis dut ensuite, contre son gré, — mais il n'osa pas aller jusqu'à refuser, — défendre cette proposition devant le Sénat. Il ne montra son regret que par la modération de son langage, présentant le projet comme une pure nécessité. Or, moins d'un mois après, des révélations précises prouvèrent que le complot provenait des royalistes.

Le fils de Portalis, qui était à ce moment auprès de leurs anciens bienfaiteurs, dans la préparation de son mariage avec leur nièce, et dans l'attente d'un poste de secrétaire de légation, donnait à son père des indications utiles sur la façon dont ses actes et ses paroles étaient appréciés à l'étranger. Ayant été jusqu'à présent en parfaite concordance d'opinions et de sentiments, leur opposition passagère ne peut que traduire la différence de milieu : l'un était sous la sujétion magnétique de son héros, tandis que l'autre, observant librement et de loin les événements de France et la conduite de son père, s'apercevait de bien des choses qui échappaient au premier. Nous croyons utile de transcrire ici quel-

ques passages de ses lettres qui sont édifiantes à plusieurs points de vue.

Voici d'abord des fragments de la lettre adressée de Dresde, à sa mère, le 8 mai 1801 : « Nous nous sommes procurés le Moniteur et nous avons lu avec la plus vive satisfaction le discours de Papa sur les tribunaux spéciaux, quoiqu'il s'en faille de beaucoup que l'étranger qui ne connaît pas bien l'état intérieur de la France et qui ne se confie pas entièrement à son nouveau gouvernement, sente comme on le fait à Paris l'utilité et la justice de cette mesure. Les amis des principes libéraux sont fâchés d'un autre côté de voir disparaître toute opposition. Il ne faut sûrement pas qu'il y ait d'opposition jacobine, mais l'expérience actuelle de l'Angleterre prouve que le gouvernement devient trop absolu, lorsque personne d'une certaine influence ne reste pour le contredire. Voici un passage copié littéralement d'une lettre de Londres : *Je jouis des progrès que vous faites dans la route anti-révolutionnaire; votre crédit se rétablit, vos armées vont être en partie licenciées, bien des hommes respectables sont en place, bien d'autres, qui ne le sont guère, y sont aussi, mais le bien se fait lentement, c'est l'ouvrage du temps. Pourquoi voyons-nous encore disposer de la vie des citoyens par des sénatus-consultes : ce sont des scélérats couverts de crimes, mais ils seraient plus coupables encore que rien ne pourrait justifier pareil attentat à la liberté personnelle. Plus ils étaient criminels, plus ils étaient faciles à juger, etc...* Je crois qu'il est utile que Papa soit au courant de l'opinion de l'Europe. Il verra alors combien il importe surtout à lui de mesurer ses expressions et de compasser ses termes, s'il ne veut compromettre la réputation la mieux établie dans l'Europe entière. J'ai déjà vu des lettres et entendu des gens, d'ailleurs ses admirateurs, qui se plaignaient qu'il était sorti de ses principes dans son discours pour la paix. Je ne l'ai point encore lu, ainsi je ne puis en juger moi-même. Mais je crains qu'il ne se soit trop laissé aller à un certain enthousiasme national dont on ne se défend pas toujours dans de certaines occasions. Mais en célébrant une paix acquise par de si glorieuses victoires, il ne fallait pas oublier quelle guerre l'avait précédée et comment le Directoire entassant iniquités sur iniquités l'avait transformée en une suite de brigandages. Je ne m'étends sur ce sujet que parce que les conséquences m'en affligent. Ce que nous avons de plus cher au monde, c'est l'estime et le respect qui entourent mon Père; si ceux-là s'affaiblissaient le moins qu'il soit possible, tout est perdu. Mon cœur saigne déjà de ce qu'il peut y avoir deux opinions sur une de ses actions. Dans les circonstances où il se trouve, le plus léger abandon des principes de justice, de modération et d'intégrité qu'il a professés toute sa vie est une blessure mortelle; car il semble alors que l'on cède à l'ambition ou à la crainte, et après avoir risqué sa vie pour défendre la vérité, il serait douloureux de paraître en désertant la cause en ruinant sa

réputation..... Maman Julie me disait hier après que je lui avais exposé combien certaines choses étaient, pour ainsi dire, forcées : *et voilà le mal qu'il y a d'accepter des places en certaines occasions...* Dieu sait qu'elle n'est pas portée à accuser Papa, car on n'a jamais aimé et révérencé quelqu'un comme elle l'aime et le révère. Ses lettres sont pour elle un trésor précieux, elle les conserve avec vénération. Mais c'est précisément à cause de cela qu'il m'est si dur de la voir balancer une minute de louer une de ses actions. »

Il reprend les mêmes sujets dans une lettre adressée à sa mère, de Dresde, le 11 mars 1801 : « Nous avons vu enfin ce discours sur la paix dans le Moniteur. Le Comte...¹ ne le trouve pas conforme aux sentiments qu'il connaît de Papa : Il y trouve du trop et du trop peu. Du trop sur certains grands effets de la guerre qu'il est inutile de relever quand on pense qu'ils ne produisent qu'un triste résultat; du trop peu sur ce qu'en passant sous silence les crimes et les désastres de la guerre, on semble les approuver ou au moins les tolérer comme indispensables... Je suis toujours au milieu de vous en esprit. Je cause avec Papa intérieurement sur la situation politique de l'Europe et sur la sienne. Il n'est pas mauvais pour maintenir l'équilibre de sa conduite que je sois dehors. L'atmosphère de Paris est souvent enivrante.... Lorsque Papa sera porté à condamner ma manière de voir les choses, qu'il se souvienne des raisonnements de Madame de Vaines à Paris, pendant que lui était à Emkendorff. A Paris on ne veut rien sacrifier à l'avenir, on place toute sa gloire, toute sa célébrité, tout son bonheur à fonds perdu. En calculant de la sorte, on calcule toujours et l'on perd la sûreté du placement pour l'avantage d'un plus gros intérêt. »

Une autre affaire, de caractère plus politique que juridique, retint ensuite l'attention de Portalis. Suivant la Constitution de l'an VIII les projets de loi étaient soumis à trois discussions successives : celle du Conseil d'Etat, celle du Tribunat, celle devant le Corps législatif; cette Assemblée donnait enfin une opinion globale, après avoir entendu, protégée par un inviolable silence, les orateurs opposés du gouvernement et du Tribunat. Le Tribunat était en majorité hostile au Premier Consul, et entravait presque systématiquement l'essor du gouvernement. Son opposition se fit sentir particulièrement dans la discussion des premiers titres du Code civil. Ses membres, sans s'apercevoir qu'ils risquaient par des mesures inopportunes, donc maladroites, de supprimer le peu de liberté qui restait encore, voulaient sans doute ressaisir la prédominance que les assemblées précédentes avaient largement exercée. Les objections qu'ils apportèrent aux projets présentés ne furent malheureusement que des chicanes. Portalis chargé de soutenir la rédaction du Titre préliminaire n'était pas écouté. Ce fut encore lui qui dut lutter contre les orateurs du Tri-

(1) Comte Reventlow, mari de « Maman Julie ».

hurat devant le Corps législatif. Celui-ci, animé du même esprit, suivit cependant le Tribunat et rejeta le projet, quoique à une faible majorité (142 contre 139). Et les autres titres menaçaient de subir le même sort.

Thiers nous rapporte ce que dit le Premier Consul après cette séance mémorable : « Que voulez-vous faire, s'écriait-il, avec des gens, qui, avant la discussion, disaient que les Conseillers d'Etat et les Consuls étaient des ânes, et qu'il fallait leur jeter leur ouvrage à la tête ! Que voulez-vous faire quand un esprit tel que Siméon accuse une loi d'être incomplète parce qu'elle ne déclare pas que les enfants nés de Français, dans les colonies françaises, sont Français... J'ai lu le discours de Portalis au Corps législatif en réponse aux orateurs du Tribunat; il ne leur a rien laissé à dire, il leur a arraché les dents. Mais quelque'éloquent qu'on soit, parlât-on vingt-quatre heures de suite, on ne peut rien contre une assemblée prévenue, qui est résolue à ne rien entendre. » ¹. L'affaire se termina vite, avec la poigne de Bonaparte. Le Premier Consul était bien décidé à mettre au jour son Code civil, dont il escomptait, à vrai dire, plus que le bien de la nation, mais encore sa sécurité politique ². Il fit « épurer » par le Sénat les Assemblées qui le contrariaient et, pour remplir de honte les opposants, il organisa une sorte de « grève » législative.

Rattachons à la carrière politique de Portalis cette autre fonction, de caractère, il est vrai, plutôt administratif, celle de *Ministre de l'Intérieur*, où il fut requis par suite de la démission de Chaptal (20 Thermidor, an XII). Ce court exercice fut remarquable par ses intéressantes initiatives dans le problème des subsistances, l'amélioration qu'il entreprit du régime des prisons et de la répartition de l'impôt. Ces questions, alors peu répandues, lui avaient été jadis familières, et elles ne dépassaient en rien l'étendue et la diversité de ses connaissances.

Quels renseignements et quels conseils donnait pendant ce temps à son père le jeune Portalis, secrétaire de légation à Londres, puis à Berlin. Nous avons vu qu'il n'était pas « courtisan », se rendant compte, au contraire, avec déplaisir de l'influence des vues belliqueuses et autoritaires du Premier Consul sur la pensée de son père jusqu'alors si indépendante, modérée, pleine d'indulgence. Voici un fragment d'une lettre de Londres, à son père, du 29 Germinal an XI : « Je crois qu'il importe à la France, sous peine d'une cascade sanglante de révolutions nouvelles, de consolider le pouvoir du Premier Consul et de le consolider dans sa famille. On s'y attend dans l'étranger, et on le verra sans peine, parce que ce sera un gage du retour à des principes conservateurs. Ce qui importe le plus aux gouvernements étrangers, c'est

(1) THIERS, *Histoire du Consulat et de l'Empire*, tome 3, livre XIII.

(2) Voir sa lettre à Joseph, du 5 juin 1806, collection Ducasse, où il disait quelques années plus tard : « Etablissez le Code civil à Naples, tout ce qui ne vous est pas attaché va se détruire en peu d'années et ce que vous voudrez conserver se consolidera... c'est ce qui m'a fait prêcher le Code civil » (1806).

qu'il existe en France un pouvoir qui ait en lui-même un germe de reproduction. Si vous le jugez à propos, faites faire un extrait de ma lettre et envoyez-le à Joseph¹ ou au Premier Consul. »

Il reprenait le 16 août 1803, dans une lettre de Berlin à son père : « Le voyage du Premier Consul dans la Belgique a fait le meilleur effet, parce qu'il a bien tracé la ligne sur laquelle il est. Les généraux, même les mieux intentionnés, ont laissé quelquefois dans l'étranger des doutes sur l'unité de pouvoir et d'autorité, ou au moins sur l'indépendance absolue du chef du gouvernement; il est bon que ces doutes soient levés. Tout est ici disposé le mieux du monde à ce qu'on prenne enfin cette grande mesure de fixité qui doit tout consolider. »

Un jour vint, en effet, où Napoléon, ayant apprécié la valeur et la stabilité de la collaboration de Portalis, chercha de plus en plus à s'attacher notre homme. Alors, Portalis répondit à sa confiance, et vint lui fournir un nouveau gage, bien décisif, de son dévouement : il exposa au Sénat le 26 Floréal an XII, les motifs du projet de Sénatus-Consulte organique qui établissait l'hérédité du gouvernement impérial dans la famille de Napoléon Bonaparte. Il écrivait en même temps à son fils : « L'hérédité du pouvoir dans la famille Bonaparte sera la véritable sauvegarde de l'ordre actuel des choses. »² Après le sacre, le fils de Portalis affirmait encore : « Ceux qui ne connaissent les choses que par les gazettes, ne savent pas aussi bien que nous qu'il n'y a qu'un seul homme nécessaire à l'Etat qui est l'Empereur : tout le reste n'est rien. »³

III

Ce sujet immense dépassant par son intérêt et par sa portée le cadre de notre travail, nous n'allons que rappeler brièvement *l'influence de Portalis en matière religieuse*. On connaît l'état de la religion en France au début du Consulat : Si l'on excepte quelques âmes restées pleines de foi et quelques provinces aux temples ouverts, on ne peut que noter l'indifférence désabusée de la masse, le scepticisme moqueur des indépendants, la désorganisation du clergé proscrit. Or, soit tendance religieuse de son caractère, soit prévoyance politique, le jeune conquérant s'était toujours appliqué à conserver une attitude respectueuse envers la Cour de Rome. Arrivé au pouvoir, Bonaparte décida immédiatement de faire des propositions au Saint Siège en vue de négocier un accord, se réservant de faire ensuite les mêmes avances aux ministres des autres cultes, pour apaiser les conflits et les haines

(1) Joseph Bonaparte, correspondant habituel du jeune Portalis et qui avait en grande amitié les deux Portalis.

(2) Lettre du 21 avril 1804

(3) Lettre adressée à sa mère, de Berlin, le 26 juin 1804.

qui se liaient constamment aux passions politiques. La chose paraissait bien difficile à mener, du côté français comme dans l'entourage du Pape Pie VII, à cause surtout des partis rivaux qui ne pouvaient détacher l'attitude spirituelle des intentions constitutionnelles. Les émissaires du parti royaliste ne voulaient pas entrer en relations avec la France de la Révolution, tandis que le parti républicain et philosophique assimilait les projets de restauration religieuse au retour des Bourbons et au triomphe de l'Ancien Régime.

Pour calmer les craintes des honnêtes gens, convaincre d'erreur les deux adversaires, il fallait au Premier Consul un homme d'une grande érudition canonique, capable par sa diplomatie de se frayer un chemin entre les deux partis en conciliant leurs doléances, assez délicat pour ne pas les heurter, éloquent de façon à mener à bien de contradictoires et épineuses négociations, d'une piété connue, en même temps que d'un vibrant patriotisme. Portalis, par la constance héréditaire de ses sentiments religieux, ses vastes connaissances dans les matières canoniques, et l'onction persuasive de sa parole, réunissait à l'envie toutes les conditions requises. C'était l'homme propre que remarqua le Premier Consul et le seul pouvant être choisi. Il était à la fois croyant et homme d'Etat.

Il s'attacha à unir les vues politiques du Premier Consul qui lui étaient signifiées, les conditions bien naturelles que Rome posait, les vœux du clergé gallican qu'il était bien placé pour connaître, et les désirs des fidèles dont il était l'interprète. Voulant conduire sa tâche à bon port, il commença par s'entourer des élites catholiques de l'époque. Son neveu, l'abbé d'Astros, depuis cardinal, était à même par sa situation distinguée, ses relations et sa science, de renseigner Portalis sur les opinions du clergé, tandis que son meilleur ami, le cardinal de Boisgelin, continuait à le guider de son expérience et de sa conscience. Dans ces conditions, le sage Portalis devint le conseiller ordinaire en matière religieuse du Premier Consul, dès avant la signature du Concordat, bien qu'il ne figure pas parmi les plénipotentiaires en titre. Sa nomination officielle comme *Conseiller d'Etat chargé de toutes les affaires concernant les cultes*, puis sa fonction de *Ministre des Cultes* ne vinrent que sanctionner un fait établi et constant.

Ces attributions lui donnaient pour charge : « 1° De présenter les lois, règlements, arrêtés et décisions concernant la matière des cultes; 2° de proposer à la nomination du Premier Consul les sujets propres à remplir les places de ministres des différents cultes; 3° d'examiner, avant leur publication en France, tous les rescrits, bulles et brefs de la Cour de Rome; 4° d'entretenir toute la correspondance intérieure relative à ces objets »¹.

(1) ARTAUD, *Histoire de Pie VII*, tome 1^{er}, p. 188.

L'arrêté impérial omettait sa tâche la plus délicate, qui consistait à préparer la mise à exécution du Concordat de concert avec le cardinal Caprara, Légat du Saint Siège. En effet, le Concordat, signé, devait encore être complété par des règlements concernant l'exercice du culte et la réorganisation de l'épiscopat. Portalis se trouva là encore coincé entre les injonctions de Bonaparte, favorable aux prêtres assermentés, et les instructions impératives de la Cour de Rome à son mandataire. Désireux avant tout d'un accord, il s'arrangea, en les respectant, pour unir les deux opinions, transporta du Premier Consul au Cardinal, et vice versa, les arguments, les motifs et les ordres. Puisant l'idée de nouveaux liens dans son imagination, éprouvant la conciliation par de perpétuelles démarches, il aboutit enfin.

Il lui fallait en même temps, défendre les prêtres devant la société issue de 1789, à laquelle il demandait : « Quelle est donc l'institution dont on n'ait jamais abusé ? Quel est le bien qui ait existé sans mélange de mal ? Quelle est la nation, quel est le gouvernement, quel est le corps, quel est le particulier qui pourrait soutenir en rigueur la discussion du compte redoutable que l'on exige des prêtres chrétiens ? » ¹. Après quoi, il devait réconcilier la Cour de Rome avec les principes mêmes de la nouvelle France, mission qui n'était guère commode, en raison de l'autorité de l'adversaire et des vues arrêtées du Premier Consul. Portalis s'assura cependant l'intérêt du Pape, par un mémoire remarquable, où, commentant la doctrine de Bossuet, il fondait le gallicanisme sur l'Evangile, la pratique de la primitive Eglise, et l'histoire ecclésiastique jusqu'à Grégoire VII.

A force d'efforts, de veilles et de paroles, le succès s'ébauchait, puis se stabilisait. D'abord, la rivalité hostile s'atténuait entre les prêtres assermentés et les réfractaires. La bonne grâce du réparateur aidait les uns à oublier une rancune tenace, les autres une amertume douloureuse. D'autre part, comme le remarque Jauffret, aucun recours *comme d'abus* n'eut lieu sous le ministère de Portalis. Ceci nous prouve la sûreté et la dextérité de la main médiatrice qui *appliquait* la sage combinaison des droits des deux puissances. Enfin, le Maître était satisfait, puisque Portalis écrivait à son fils, le 11 Fructidor an XI : « Le Premier Consul se porte à ravir. Il est content. Il résulte de toute ma correspondance, que toute la Belgique est dans un enthousiasme permanent. Il a été content partout de mon organisation ecclésiastique » ².

C'était d'après l'avis de Portalis, que les représentants du gouvernement avaient refusé de déclarer le catholicisme *religion dominante* et s'étaient bornés à constater, dans le préambule du

(1) *Discours sur l'organisation des cultes*

(2) En souvenir de la conclusion du Concordat, le Premier Consul fit cadeau à Portalis d'une gravure, conservée par la famille, représentant la signature même du traité et où figure au premier plan notre auteur.

Concordat, qu'il était la religion de la majorité des Français. Cette position exigeait une entreprise complémentaire : un accord avec les deux autres cultes. Portalis s'occupa personnellement de la question protestante. Les résultats de ses gros efforts le satisfirent si bien, qu'il put écrire, dans son rapport à l'Empereur du 29 janvier 1807 : « J'ai toujours pensé que, dans une administration quelconque, il valait mieux prévenir le mal que d'avoir à le répudier ou à le punir. Ma correspondance a donc dû être aussi active que sévère; mais son résultat a tellement répondu à mon objet, que je n'ai que des éloges à donner aux pasteurs protestants sur leur bonne conduite, leur obéissance aux lois, leur soumission, leur reconnaissance, leur respect et leur amour pour la personne auguste de votre Majesté. »

De leur côté, les pasteurs protestants lui exprimèrent leur gratitude, par l'organe de Jean-Laurent Blessig, qui, dans une oraison funèbre prononcée sur l'ordre du directoire de la confession d'Augsbourg, à Strasbourg, s'écriait le 20 septembre 1807 : « Portalis exerça le ministère des cultes avec une âme toute pénétrée de la grandeur de son objet... Il s'identifia par son cœur avec son importante vocation. Il nous a donné, à nous tous, mes chers collaborateurs, dans le ministère sacré de la religion, un grand exemple à suivre : que le cœur accompagne toujours les discussions de l'esprit, et que l'exemple de notre vie entière proclame les grandes et salutaires vérités dont nous sommes appelés à être les organes et les modèles ! » ¹.

En ce qui concerne les Juifs, Portalis désirait ardemment la fin de l'état de choses qui n'accordait au culte israélite qu'un exercice toléré, qui régissait « les restes dispersés d'un peuple antique et célèbre... par des règlements et des lois qui, en perpétuant leur isolement, leur laissaient des habitudes que l'oppression seule avait formées et qu'on feignait de croire dérivées de leur croyance et de leurs dogmes » ². Sous son instigation, l'Empereur réunit à Paris, en 1806, une assemblée de notables juifs, de France et d'Italie, à laquelle il confia le soin de répondre à un certain nombre de questions qu'il posait sur la teneur de la doctrine juive et son accord possible avec le Code Napoléon. Pour revêtir les dispositions arrêtées, purement civiles, d'une sanction religieuse, Napoléon convoqua le « Grand Sanhédrin » des rabbins et docteurs en Israël, qui adopta tous les principes de la commission laïque qui l'avait précédé et convertit ses réponses en décisions doctrinales.

Assistaient à ces assemblées, à titre de commissaires du Gouvernement, Joseph Portalis, fils du Ministre des Cultes, le Duc Pasquier et le Comte Molé, membres du Conseil d'Etat. Par délicatesse, ils ne prirent aucune part aux débats, se contentant

(1) Traduction française, p. 32.

(2) *Notice anonyme* sur Portalis, de 1807, p. 44.

d'assister, muets, à ce mémorable accord religieux. Les discussions des assemblées donnaient lieu à des *rapports* que rédigeait pour l'Empereur, le fils de Portalis, dont nous avons examiné les brouillons. Ceux-ci montrent bien le chemin que parcourut l'esprit de cet observateur sincère. Sorti du préjugé par la curiosité, il aboutit à un enthousiasme étonné et admiratif.

La collaboration fut fructueuse. Le Gouvernement, éclairé sur les véritables doctrines juives concernant le mariage, le divorce, le travail agricole, le prêt à intérêt, l'attitude envers les non-juifs, et autres questions d'un moindre intérêt, accorda aux Israélites la qualité intégrale de citoyens français. Il obtenait d'eux la soumission à toutes les lois civiles et militaires de la France. Un traité fut signé entre les députés et rabbins juifs d'une part, et les commissaires impériaux de l'autre, qui consacrait pour la première fois la religion israélite à l'intérieur de l'Etat français. La pensée de Portalis avait été comprise. Notre auteur fut comblé dans ses aspirations les plus sincères par ce dernier monument élevé au culte restauré de la tolérance¹.

Extrayons, pour terminer, de ses rapports et de sa correspondance ecclésiastique, quelques *pensées* dignes d'être méditées.

Celle-ci expose le *rôle du Gouvernement* : « Tout gouvernement exerce deux sortes de pouvoirs en matière religieuse : celui qui compète essentiellement au magistrat politique en tout ce qui intéresse la société, et celui de protecteur de la religion elle-même. Par le premier de ces pouvoirs, le gouvernement est en droit de réprimer toute entreprise sur la temporalité, et d'empêcher que, sous des prétextes religieux, on ne puisse troubler la police et la tranquillité de l'Etat; par le deuxième, il est chargé de faire jouir les citoyens des biens spirituels qui leur sont garantis par la loi portant autorisation du culte qu'ils professent »².

La suivante dirige la *conduite des prêtres* : « Sous un gouvernement qui protège tous les cultes, il importe que tous les cultes se tolèrent réciproquement : le devoir des ecclésiastiques est donc de s'abstenir, dans l'exercice de leur ministère, de toute déclamation indiscrete qui pourrait troubler le bon ordre. Le christianisme, ami de l'humanité, commande lui-même de ménager ceux qui ont une croyance différente, de souffrir ce que Dieu souffre, et de vivre en paix avec tous les hommes. »³.

Enfin, ces sages préceptes concernent l'*attitude des fidèles* : « Le maintien décent qu'on exige de tout homme qui, pour quelque cause que ce soit, se trouve présent à une cérémonie religieuse, n'est point exigé comme un acte de croyance, mais

(1) Voir sur ce point la notice consacrée au Cardinal d'Astros par le Baron Sextus PORTALIS, Bayonne 1934.

(2) *Discours, rapports et travaux inédits sur le Concordat de 1801*, Paris Joubert, 1845, 1 volume in 8°, p. 85.

(3) *Ibid.*, p. 98.

comme un devoir de sociabilité. Ce respect est le plus bel hommage que l'homme puisse rendre à l'homme. J'ajoute qu'un tel respect est une conséquence nécessaire de la tolérance que les fidèles des divers cultes se doivent réciproquement; car la tolérance, dans le vrai sens de ce mot, n'est pas purement négative; elle prescrit des égards et des ménagements auxquels on ne pourrait manquer sans méconnaître la première de toutes les lois, celle qui nous ordonne l'amour de nos semblables, et qui prend sa source dans ces affections bienveillantes sans lesquelles la terre ne serait pas habitée. On n'afflige jamais plus profondément les hommes que quand on méprise les objets de leur vénération ou de leur croyance. »

IV

Passons au *travail législatif de Portalis*. Les régimes politiques se sont succédés, le Concordat de 1801 a été remplacé, le Code civil au contraire s'est maintenu, transmettant directement au monde moderne l'effort soutenu de plusieurs générations de jurisconsultes de l'ancien régime et de quelques grands monarques, ainsi que les désirs de la Révolution française. En effet, cet ouvrage fut le résultat positif d'une longue évolution. Depuis son unification politique, la France appelait un code de lois civiles uniformes. Mais l'entreprise était chimérique, tant que chaque province gardait jalousement l'ensemble de ses lois particulières, en le considérant comme un patrimoine que lui assurait le pacte qui l'avait jadis elle-même incorporée à la France. Nous retrouvons cet orgueil du pays natal chez le Portalis d'avant la Révolution, si fier des libertés administratives de la Provence, auxquelles lui semblait lié le particularisme des lois civiles.

La Révolution enflamma la nation, qui vibra d'un seul cœur. Alors seulement l'élaboration d'un édifice commun devint possible. Portalis se rangea à cette idée; mais les factions politiques qui s'acharnaient n'étaient pas en état de trouver l'accord qui accomplirait la réforme. Le calme politique pouvait seul assurer l'établissement d'une législation civile uniforme.

Pour cette reconstruction, il fallait se faire souple et modeste, c'est-à-dire que pour aboutir à une formule d'entente, chaque rédacteur devait s'élever au-dessus des solutions auxquelles l'exercice de sa profession, à l'intérieur d'une province donnée, l'avait accoutumé. Le Code Civil fut rédigé avec la volonté de concilier les diverses coutumes qui composaient l'*Ancien Droit*, le droit romain qui était le *droit écrit* de plusieurs provinces du midi, quelques ordonnances royales communes à tout le royaume, enfin les lois révolutionnaires.

Portalis nous révèle cet état d'esprit dans son *Discours Préliminaire du Code Civil* :

« Depuis la Révolution, la législation française a subi, sur des points importants, des changements considérables. Faut-il écarter tout ce qui est nouveau ? Faut-il dédaigner tout ce qui est ancien ?

« Le droit écrit, qui se compose des lois romaines, a civilisé l'Europe. La découverte que nos aïeux firent de la compilation de *Justinien*, fut pour eux une sorte de révélation. C'est à cette époque que nos tribunaux prirent une forme plus régulière, et que le terrible pouvoir de juger fut soumis à des principes.

« La plupart des auteurs qui censurent le Droit Romain avec autant d'amertume que de légèreté, blasphèment ce qu'ils ignorent...

« Dans le nombre de nos coutumes, il en est sans doute qui portent l'empreinte de notre première barbarie; mais il en est aussi qui font honneur à la sagesse de nos pères, qui ont formé le caractère national, et qui sont dignes des meilleurs temps. Nous n'avons renoncé qu'à celles dont l'esprit a disparu devant un autre esprit, dont la lettre n'est qu'une source journalière de controverses interminables, et qui répugnent autant à la raison qu'à nos mœurs...

« Nous avons fait, s'il est permis de s'exprimer ainsi, une transaction entre le droit écrit et les coutumes, toutes les fois qu'il a été possible de concilier leurs dispositions, ou de les modifier les unes par les autres, sans rompre l'unité du système et sans choquer l'esprit général ».

Il ajoute, quant à la législation révolutionnaire : « Nous avons respecté dans les lois publiées par nos assemblées nationales sur les matières civiles, toutes celles qui sont liées aux grands changements opérés dans l'ordre politique, ou qui, par elles-mêmes nous ont paru évidemment préférables à des institutions usées et défectueuses. Il faut changer, quand la plus funeste de toutes les innovations serait, pour ainsi dire, de ne pas innover. On ne doit point céder à des préventions aveugles. Tout ce qui est ancien a été nouveau. L'essentiel est d'imprimer aux institutions nouvelles le caractère de permanence et de stabilité qui puisse leur garantir le droit de devenir anciennes ».

L'arrêté nommant la commission de rédaction du Code Civil avait été pris le 24 thermidor an VIII (12 août 1800), chargeant de ce travail Tronchet, Bigot Prémeneu, Portalis et Maleville. Celui-ci, secrétaire de la commission, nous rend compte en ces termes de la marche de ses travaux : « M. Abrial, alors ministre de la justice, dit-il, en nous communiquant l'arrêté, nous annonça que le Premier Consul demandait que cet ouvrage fût achevé le plus promptement possible. Nous nous empressâmes de remplir ce vœu; l'ordre des Titres fut bientôt convenu, les matières partagées, les jours de réunion fixés chez M. Tronchet, notre digne président, pour l'examen de l'ouvrage de chaque commissaire;

et, à force de travail, nous parvînmes à faire un Code Civil en quatre mois. Il fut achevé d'imprimer le premier pluviôse an IX ».

C'était un tour de force... Il ne restait plus qu'à présenter l'ensemble du projet de loi aux magistrats et même aux particuliers du pays qui s'y intéressaient, pour en recueillir les observations. La discussion pouvait commencer au Conseil d'Etat, pour être bientôt sanctionnée par les deux autres assemblées. Le *Code Civil des Français* fut officiellement terminé le 30 ventôse an XII et promulgué en Germinal.

Devant examiner le rôle de Portalis dans la rédaction du Code tout au long de notre troisième partie, contentons-nous ici de publier une de ses lettres, prise parmi plusieurs autres du même genre parce qu'elle est bien significative, adressée à son fils : « J'ai lu toutes tes aimables dépêches, et je t'ai envoyé quelques exemplaires de mon premier discours prononcé le 4 du présent mois de ventôse¹ au Corps Législatif. Il a eu beaucoup de succès, c'était la quatrième fois que je parlais sur le même sujet. On a été étonné que je pus donner un nouveau jour à mes idées et à ma discussion. — Le 16, j'ai porté au Corps Législatif la loi sur le mariage séparée de celle du divorce. J'ai parlé deux heures. Le succès de mon discours a été tel que, contre l'usage et les règlements, tout à coup les tribunes qui étaient pleines et les législateurs eux-mêmes ont, par un mouvement spontané, applaudi à tout rompre ».

V

Dans les paragraphes précédents, nous avons retracé la carrière de Portalis, *auxiliaire de Napoléon*. Or, nous sommes persuadés qu'il fut quelque chose de plus pour son grand homme, qu'il devint son *confident*, et eut avec lui des rapports d'*amitié*. La discrétion et la retenue naturelle de Portalis lui interdisaient de publier les marques d'estime ou d'affection que lui prodiguait le Premier Consul. Même dans sa correspondance avec son fils, il n'étaie ni compliment, ni encouragement. C'est à peine si, par mesure documentaire, il fait part à son correspondant : « Madame Bonaparte et le Premier Consul font beaucoup d'amitié à ta mère. Dimanche, il y eut le soir spectacle, non à Saint-Cloud, mais à La Malmaison, et nous y fûmes invités. Il y eut un petit bal et un souper. Il n'y avait que la famille du Consul, et les personnes de sa société particulière ou de celle de sa femme² ».

Au seuil de cette étude des rapports de Napoléon avec Portalis, qui nous amènera peut-être à déceler une *influence* là où certains n'ont recueilli que dépendance, donnons un exemple du

(1) An XI.

(2) Lettre du 10 Frimaire an XI

style épistolaire dont usait notre auteur en 1802, envers le Premier Consul. Il s'agit d'une lettre qui débute ainsi : « Citoyen Premier Consul. — Le Consul Cambacérès m'instruit que vous êtes parti ce matin pour la campagne. Si je ne vais pas vous y rechercher aujourd'hui même, ce n'est pas uniquement ma santé qui y met obstacle, c'est la nécessité de terminer avec le préfet de police quelques petites affaires ecclésiastiques. » Sa conclusion peut nous faire préjuger des sentiments du scripteur envers le destinataire : « Mon devoir est de prendre pour mon compte toutes les tribulations et de les épargner au gouvernement. C'est à ceux que vous honorez de votre confiance, à veiller sur des détails, qui ne doivent vous être présentés qu'avec les mesures capables de vous en délivrer. — Je ne crains ni la peine, ni les difficultés, ni les obstacles. Mon attachement pour vous me donne une force au-dessus de mes forces. Vous saurez toujours la vérité, et je ne crois pouvoir faire un meilleur usage de toute mon existence que de la consacrer au bien, en vous la consacrant. — Saluts et respects ¹ ».

Que Portalis aimât véritablement Napoléon, la chose ne fait aucun doute, et s'explique d'ailleurs aisément. La première attitude qu'il dut avoir en rentrant d'exil fut certainement celle de la *reconnaissance*. Nous verrons quelle place tenait ce sentiment dans sa belle âme; et on comprend sans peine la majesté de la reconnaissance qu'il devait au héros puissant qui l'avait rappelé d'exil. Son fils faisait des vœux en 1804 « pour sa conservation qui est la seule garantie que nous ayons de notre existence, et pour son bonheur qui est la récompense méritée du bonheur qu'il nous a rendu ² ». Cette gratitude personnelle, si naturelle à Portalis, à sa famille, à ses amis ³, était souvent, d'ailleurs, escomptée par le Premier Consul qui, il faut bien le dire, se plaisait à la mériter, pour s'en faire un moyen d'attachement. Ayant besoin de serviteurs fidèles, il connaissait l'art de se prouver grand.

Le cœur de Portalis ne remerciait pas seul. Son esprit et son tempérament se sentaient aussi *délivrés*, puisqu'ils allaient fonctionner. *L'activité incessante et dirigée* est un besoin pour ces hommes remplis de leur zèle et de leur travail passionné. Portalis préférait réellement la fatigue et la peine *pour un but déterminé*, aux ouvrages libres, fruits d'un repos forcé, dont le dilettantisme aigri tue la sève. C'était avec une joie retrouvée qu'il écrivait à son fils : « Nous sommes au terme de la session du Corps législatif. Je n'ai pas un moment à moi. Nous avons eu Conseil tous les jours; et les affaires emportent tout mon temps ⁴ ». Il ne *voulait* pas sentir le poids de ses multiples tâches : « Dans ce moment, je suis extrêmement pressé. Je ne puis manquer aucune séance du Conseil d'Etat, parce que chaque séance est destinée

(1) Copie d'une lettre du 16 Prairial an X.

(2) Lettre à son père du 31 Mars 1804.

(3) Voir la réflexion de Mathieu DUMAS, citée p. 49.

(4) Lettre du 1^{er} Frimaire an XI.

à des projets de loi. Il faut ensuite préparer les discours, pour porter ces lois au Corps législatif. Je ne puis trouver le temps pour faire le travail particulier attaché à mes attributions¹ ». « Depuis que j'ai l'intérin du ministère de l'intérieur, je n'ai pas un seul moment à moi² ».

Cette activité débordante lui convenait surtout parce qu'elle *aboutissait*; « Au milieu de ce tracas de société, le Premier Consul, dont tu connais l'activité, nous tient jusqu'à huit heures du soir au Conseil d'Etat. Aussi avons-nous achevé samedi l'entière discussion du Code civil, qui sera en conséquence décrété en entier cette année... J'avais bien envie que ce grand monument fût fini³ ». « Depuis la fin de la session du Corps législatif, je respire un peu, et je m'occupe des affaires arréragées. Toute la France est bien contente d'avoir eu cette année le Code civil complet⁴ ». L'impression d'*efficace* est un moteur primordial pour celui qui aspire au dévouement. Or, l'achèvement que Portalis signale comme une victoire, des monuments entrepris, provenait de l'ordre restauré, du calme relativement rétabli dans les esprits et dans les choses... Et le responsable de ce nouveau recueillement des égards devant le devoir, était encore ce génie pratique que Portalis servait... : « Tu serais étonné, écrivait-il, si tu savais tout ce qu'on a fait de travaux dans l'espace de six mois. C'est prodigieux. Il n'y a que le génie du Premier Consul qui puisse ainsi rendre vrai ce qui n'est pas même vraisemblable⁵ ».

L'admiration pour l'homme qui la permettait compléta vite la satisfaction qu'éprouvait Portalis de se sentir, soudain, revivre. Peu de temps après son retour, il était à la tête des entreprises les plus importantes du Premier Consul, qu'il allait visiter tous les jours, avec lequel il avait de longs entretiens. On le gardait à souper. Portalis *collaborait* en un mot, à l'élaboration et au développement des ouvrages de restauration sociale : « Vraiment, écrivait-il, sous Bonaparte, tout le bien devient possible et facile. Je suis toujours plus étonné du génie de cet homme, de ses bonnes intentions, et de ses excellentes qualités privées. L'homme d'Etat, chez lui, n'affaiblit pas les qualités qui font aimer le particulier⁶ ».

Cette séduction progressive exercée sur notre grand homme peut sans doute s'expliquer en partie par les *manières ostentatoirement simples*, les *airs familiers* du grand Napoléon, qui comblaient de joie et d'orgueil les plus humbles comme les hauts dignitaires, et qui durent exercer un véritable enveloppement du sensible et affectueux Portalis, qui ne demandait qu'à être conquis.

(1) Lettre du 5 Ventôse an XII.

(2) Lettre du 29 Thermidor an XII.

(3) Lettre de Ventôse an XII.

(4) Lettre du 21 Germinal an XII.

(5) Lettre du 17 Fructidor an XI.

(6) Lettre du 29 Ventôse an IX.

Elles ne nous permettent cependant pas de tirer au clair un problème qui paraît bien essentiel, à nos yeux de biographe de Portalis : celui de son euphorique tranquillité devant les vues politiques du Premier Consul et même de l'Empereur. Il ne s'agit pas ici de déceler le pourquoi des *faits* de recul, d'abdication de la volonté de Portalis, s'effaçant devant des ordres qu'il désapprouvait : cet apparent manque de fermeté avait des causes nobles et élevées qu'ont méconnues certains historiens, et sur lesquelles nous insisterons dans notre étude du caractère de Portalis¹. Nous voudrions pouvoir expliquer qu'en droit, au fond de lui-même, le judicieux, le fin, le malicieux, le pénétrant Portalis, n'ait rien deviné des arrières-pensées de Napoléon.

Les gazettes étrangères, anglaises surtout, que recueillait avec soin le jeune Portalis, séparaient rarement du maître ridiculisé et détesté, le serviteur fidèle, l'exécuteur courbé, le « courtisan » modèle. Or, à ce qu'il nous semble, Portalis fut plutôt jouet qu'adultère complice. Il se faisait du tyran une vision très optimiste : c'était exactement le conquérant que Dieu avait repu de gloire, afin de l'envoyer à la France pour la *bénir*, à l'Europe pour y acclimater la *liberté*, au monde entier pour y faire régner la *paix*². Et rien, ni les avis respectueux de son fils, ni les coups d'un despotisme mal camouflé, ni même le sang inutile, rien ne put détourner Portalis de cette illusion sereine, dans laquelle un vieux rêve s'était définitivement absorbé. Chaque nouvelle victoire était pour lui — comme d'ailleurs pour beaucoup d'autres — la condition d'un but magnifique d'embrassement universel, dont la réalisation reculait pourtant avec les bornes de la nation et l'élévation de son insatiable maître. Notre pacifique jurisconsulte croyait fermement à l'avènement du repos, et, trop avide de confiance, se laissait en réalité berner par celui qui la lui apportait. C'est que l'être formidable qui les magnétisait tous, *savait vouloir* : il n'imaginait ni l'échec, ni l'impossible, et dirigeait uniquement sa pensée vers le résultat positif projeté, que ses collaborateurs, malgré eux, devaient servir. L'erreur signalée de Portalis n'a plus rien d'étonnant ; elle fut celle de la majorité de ses concitoyens. Les êtres comme les choses obéissent à la projection du dynamisme qui se connaît.

Pour analyser l'attitude de Portalis envers Napoléon, nous avons dû anticiper sur notre deuxième chapitre, qui présentera une étude de sa *personne*. Tentons de la même manière de retrouver maintenant ce que représentait notre auteur pour Napoléon. Eliminons d'abord un point qui n'a qu'un faible rapport avec la psychologie respective des deux personnages : le fait que Napoléon, dès qu'il fut en place, rappela d'exil notre avocat. Il n'y a aucun doute qu'il ne faisait là, pour une grande part, qu'ob-

(1) Voir chapitre deuxième de la 1^{re} partie, p. 83.

(2) Dans l'*Examen des diverses observations proposées contre le projet de Code civil*, il parle du peuple « qui va donner la paix au monde ».

server une mesure générale tenant à une *politique* qu'il n'avait cessé de suivre depuis ses premiers exploits. Celle-ci consistait à s'entourer constamment de savants, de philosophes, de techniciens¹, à les intéresser à son propre ouvrage, à tâcher de les attacher à son succès personnel, et à faire le nécessaire pour se rallier la partie éclairée du pays².

Les capacités nombreuses et variées de Portalis ne demandaient qu'à être *utilisées*. S'étant attaché l'homme par ses bienfaits, Napoléon s'en fit bientôt un *instrument* de choix. La *parole* facile et brillante de son obligé était une arme bien redoutable pour les cas déjà prévisibles de rébellion des assemblées devant d'ambitieuses menées. Sa *diplomatie* pleine de tact était un atout appréciable dans une politique destinée à concilier les courants intérieurs contraires. Ses *connaissances techniques*, soit juridiques, soit ecclésiastiques, soit administratives, n'étaient guère à dédaigner par celui qui préparait la réorganisation générale d'un Etat. Napoléon, qui était d'une habileté rare, pour choisir les collaborateurs des échelons matériels de son ascension, jaugea l'inappréciable service que Portalis allait lui rendre.

A un autre point de vue, il n'était pas indifférent que l'entourage politique et technique du Premier Consul fût personnellement plus ou moins vulnérable aux attaques de ses adversaires. L'*honorabilité* de Portalis mettait celui-ci au-dessus de bien des critiques; sa vie était connue de tous, même à l'étranger, comme un modèle d'intégrité, et sa voix représentait pour ses contemporains le suffrage même de la sincérité. Ce « vieillard homérique », comme le désigne Sainte-Beuve, portait dans chaque démarche une auréole de sagesse, qui rejaillissait directement sur celui qui avait su s'acquérir ses hommages et son dévouement. De plus, elle était du meilleur effet politique, cette admiration romantique d'un grand homme pour le héros épique dont il avait prophétisé la venue³.

Par répercussion, peu à peu, les qualités précieuses de Portalis agirent sur Napoléon lui-même qui se mit à encourager de sa grande *estime*, son ministre plein de zèle et de conscience, dont l'activité menait au terme plus d'une tâche où d'autres auraient échoué. On s'attache à ceux qui croient en vous, comme à ceux qui vous servent bien. Napoléon couvrit de son *amitié* le religieux législateur à qui il tenait lieu de puissance bienfaisante. L'âme de Portalis irradiait une foi inaltérable et une bonté si générale qu'elle attirait, comme nous le montrerons,

(1) Voir par exemple la véritable *mission scientifique* qu'il transporta en Egypte.

(2) Ses démêlés avec les *Idéologues* sont instructifs à ce point de vue; il les soutint manifestement tant qu'il eut besoin de leurs suffrages, pour devenir bientôt leur ennemi railleur.

(3) En effet, à plusieurs reprises avant le 18 Brumaire, PORTALIS avait souhaité ou, peut-être, annoncé l'arrivée d'un « libérateur ».

l'amour de tous ceux qui l'approchaient. Napoléon ressentit comme les autres cette nécessaire et spontanée *sympathie*.

La *vertu* porte toujours avec elle un pouvoir général de se faire respecter, qui met celui qui l'exerce au centre d'un large espace, rempli de silence, où viennent mourir les querelles et les contestations oiseuses qui sont bien souvent la pâture des âmes plus mesquines ou moins douées. Le *génie*, lui aussi, aime loger aux cîmes altières, d'où il *reçoit* solitairement le monde. Du haut de leurs missions respectives, les *grands hommes* se répondent; ils ont un sens spécial pour se reconnaître et se comprendre entre eux. Si parfois la rivalité, les intermédiaires, le pain quotidien les opposent, ils savent le plus souvent se grandir encore, pour *vénérer*. Avec la même rapidité que Portalis pour découvrir le génie chez un général vainqueur, Napoléon connut le cœur rare et exquis de celui qu'il montait jusqu'à lui.

Nous n'avons malheureusement pu retrouver que bien peu de textes nous renseignant sur les sentiments de Napoléon pour Portalis, et ceux que nous allons reproduire, s'ils nous permettent d'en atteindre l'ambiance, n'expriment que très imparfaitement l'admiration profonde que le dictateur portait au fond de son cœur pour son *bon génie*. Le premier document provient de la *Gazette des Tribunaux*, du 18 avril 1838¹ :

Napoléon... « vint s'asseoir lestement sur le coin de sa table, « à la manière des écoliers, en faisant aller et venir en sens « contraire ses pieds qui ne touchaient point à terre.

« Pendant ce temps les Conseillers d'Etat avaient quitté leurs « places; ils avaient rangé leurs papiers dans leurs cartons et « étaient venus peu à peu se grouper autour du Premier Consul « qui, toujours assis et les bras croisés sur la poitrine, discutait « avec Merlin de Douai sur l'esprit du rapport que le tribun Du- « veyrier devait faire le lendemain au Tribunat. Il s'agissait de « l'établissement des *Tribunaux criminels spéciaux* qui devaient « juger le grand nombre de voleurs qui désolaient les routes de « la République; ils venaient commettre des assassinats jusque « dans l'intérieur des villes. Le Premier Consul parla encore « longtemps, sur les moyens de répression qu'il y avait à oppo- « ser à de semblables brigandages et fut admirable dans ses dis- « cours. C'était dans de pareils moments qu'il fallait le voir et « l'entendre. »

« Portalis père, qui s'était approché du groupe pour mieux « entendre, se tenait modestement derrière moi, sans que j'y fisse « attention, captivé que j'étais par le prestige des paroles du « Premier Consul. A peine Napoléon, qui avait pour ce véné- « rable magistrat une profonde estime, l'eût-il aperçu, que, quit- « tant précipitamment sa place et écartant doucement ceux qui

(1) Nous citons un passage d'un article anonyme intitulé : *Variété : Le Conseil d'Etat sous le Consulat et l'Empire*.

« se trouvaient devant lui, il me dit avec une paternelle bienveillance : « Jeune homme, il ne vous arrive donc jamais de regarder quelquefois derrière vous ? » et, prenant Monsieur Portalis par la main, il l'attira près de lui. Ce digne homme ne se ressentait pas encore de la triste infirmité qui plus tard dégénéra en une cécité complète, bien que sa vue, déjà très affaiblie, le forçât quelquefois d'avoir recours à un guide. Napoléon lui parla tout d'abord du discours préliminaire du Code civil, qu'il était chargé de rédiger.

« — Vous êtes un peu paresseux, citoyen Portalis, lui dit-il en souriant; cependant, il faut vous hâter. Tout le monde crie après nous; on nous accuse de ne pas aller vite en besogne.

« — Général, laissez dire, répondit celui-ci en souriant à son tour. Ceux qui se plaignent s'imaginent apparemment qu'on formule des articles de loi comme on coule des cuillers dans un moule... Ils ne savent pas que c'est le plus grand monument qui se puisse élever à une nation, qu'un code de lois. Vous qui y avez travaillé comme nous et plus que nous peut-être, vous devez en savoir quelque chose ?

« — Je conviens que c'est un terrible écheveau à démêler, mais il faut marcher, il faut marcher, répéta plusieurs fois Napoléon. Votre discours préliminaire est-il prêt ? Est-il au moins préparé ?

« — Le Premier Consul doit être persuadé que je ferai tous les jours mon devoir pour seconder autant que possible ses nobles et grands projets, parce qu'ils ont pour but le bonheur et la gloire de la France.

« — Avec vous, citoyen Portalis, je me persuaderai facilement de tout ce que vous voudrez; mais vous ne répondez pas à ma question; le discours, le discours et rien que le discours !... est-il prêt ? Oui ou non.

« — Le discours est prêt, répondit Portalis avec un geste affirmatif.

« — Allons donc ! s'écria Napoléon avec un accent qui décelait toute sa satisfaction. A la bonne heure ! parlez-moi de gens comme vous; je suis heureux de me trouver au milieu d'eux.

« Puis, ayant fait quelques pas vers la porte, comme pour sortir de la salle, il se détourna tout à coup : « Ne vous y trompez pas, ajouta-t-il : ainsi secondé, nous ferons de grandes choses »; et avec un geste affectueux, il dit encore en s'adressant à tout le monde : « Adieu donc; à bientôt ». Puis il disparut. »

La deuxième pièce intéressante que nous voulons publier est une brève lettre envoyée par Napoléon à Portalis, lors de la naissance du petit-fils de celui-ci. Voici comment l'heureux grand-

père racontait la chose à son fils, alors à l'ambassade de Berlin ¹ :

« Tout de suite, j'ai fait part de mon bonheur et du tien auprès du Premier Consul. J'eus cru être indiscret en lui demandant qu'il nommât mon petit-fils, surtout d'après ce qui s'était passé l'année dernière relativement à l'enfant du Conseiller d'Etat Dupuy et surtout encore d'après l'étiquette plus sévère de cette année et d'après les grands événements qui se préparent et qui ne tarderont pas à se développer.

« Je ne pouvais d'ailleurs pas me dissimuler qu'en l'état mon petit-fils, n'était que le fils d'un premier secrétaire de légation.

« En conséquence, je m'étais réduit à demander au Premier Consul sa protection pour mon petit-fils comme pour mes enfants. Je joins une copie de ma lettre.

« Quelques heures après j'ai reçu du Premier Consul une réponse au-dessus de toutes mes espérances, pleine de grâces et de bonté, par laquelle il m'annonce qu'il *nommera avec plaisir mon petit-fils*. Je joins une copie de cette importante lettre qui, dans le nouveau système, peut devenir un vrai titre de famille, et qui, dans tous les cas, sera un motif nouveau de souvenir et de protection pour toi et pour tes enfants. »

Voici la lettre du Premier Consul, dont l'autographe est conservé avec respect dans les archives de la famille :

« Saint-Cloud, 7 Floréal an XII.

« Citoyen Portalis, Conseiller d'Etat, je prends part à tout ce qui vous arrive d'heureux; je nommerai avec plaisir votre petit-fils; je désire que cela lui porte bonheur. Pour cela, je ne fais qu'un souhait pour lui, c'est qu'il ait votre cœur et votre tête. »

En résumé, Portalis était pour Napoléon l'homme *sûr* dont on recherchait l'avis, dont on souhaitait l'approbation, et qu'on chargeait des besognes ingrates. Il intervint à la tête de tous les beaux monuments du Consulat et des premières années de l'Empire, et Napoléon se montra satisfait de chacun de ses ouvrages. Bien plus, le concours de notre auteur coïncida exactement avec la période heureuse de son protecteur, qui devait malheureusement en gâcher par la suite bien des résultats, qui semblaient définitifs comme sa propre gloire.

Et voici, quand celui qui symbolisait le *bien* s'éteignit, le génie fut *sevré* de ce contre-poids d'essence singulière, de cette présence toute spirituelle, qui, reconfortante et chaude, sans prétention comme sans hâte, n'avait *agi* sur lui qu'en *diffusant* une lumière pure et radieuse qui soudain, manqua.

(1) Lettre du 11 Floréal an XII.

VI

Le résultat de tous ces travaux simultanés et du harcèlement continu de la poigne impatiente qui les commandait, ne se fit pas attendre : Portalis, épuisé, tomba malade. Son fils, de Berlin, s'inquiétait fort, et le priaît « de mettre un terme aux travaux forcés » ¹. A quoi Portalis répondait, au sujet de son indisposition : « C'était la suite du travail forcé que j'avais fait cet hiver, pour achever le Code civil, ouvrage si essentiel à la sûreté des patrimoines et à la tranquillité des familles. — Tu désirerais que je travaillas moins, je le voudrais aussi. Mais il est des objets qui sont d'une si grande utilité générale, qu'il est impossible de les abandonner. La Providence veut que nos jours soient pleins, et ils ne peuvent l'être qu'autant que nous employons utilement les talents qu'elle nous a donnés, et dont elle nous demande compte. » ². Alors le fils s'inclinait, en écrivant à sa mère : « Je n'ose plus prier Papa de ne pas trop travailler depuis que je vois le bien immense qu'il obtient par sa constance et son assiduité. » ³.

D'autre part, sa vue qui baissait avec une vitesse soudain effrayante, allait le mettre dans l'obligation la plus pénible, celle d'interrompre les travaux en cours. Son fils lui écrivait, de Berlin, le 12 mai 1804 : « De grâce, si vous souffrez encore pour votre vue, rappelez-moi bien vite et souvenez-vous que ma première carrière, la plus naturelle pour votre fils et la plus chère à mon cœur est d'être le conducteur de vos pas et le compagnon de vos travaux. » Après de longues hésitations motivées par son devoir de ministre, il décida de tenter l'opération de la cataracte, que les plus grands oculistes lui conseillaient. Avant de la subir, il écrivait à son fils : « Dès que tu seras arrivé, je te mettrai au courant de toutes les affaires du ministère, afin que tu puisses les suivre et même les conduire. Je ne puis prendre un parti définitif pour l'opération à faire à mes yeux que quand tu seras établi dans le ministère et que les affaires ne pourront souffrir de l'état dans lequel je serai obligé de demeurer pendant quelque temps. » ⁴.

Entre temps, d'autres charges encore lui étaient dévolues, et de nouveaux honneurs, qu'il ne réclamait certes pas, étaient venus répondre aux vœux de ses amis. En 1803, il fut élu candidat au Sénat conservateur par le département des Bouches-du-Rhône. La même année, il ouvrit les cours de l'Académie de Législation, dont il était l'un des fondateurs, par un discours très

(1) Lettre du 8 Mai 1804.

(2) Lettre du 2 Juin 1804.

(3) Lettre du 12 Juin 1804.

(4) Lettre du 24 Juin 1805.

applaudi, dans lequel il insistait sur l'alliance nécessaire entre la jurisprudence et la littérature. Il fut, par la suite, fréquemment appelé à la présidence de cette Académie, et rien, dit-on, n'égalait l'empressement avec lequel les étudiants venaient entendre, dans les exercices publics, les accents de cette parole vénérable et paternelle. Le 1^{er} février 1805, il reçut le Grand cordon de la Légion d'Honneur.

L'empereur Alexandre avait sollicité Portalis de lui donner quelques conseils pour les réformes de législation civile qu'il projetait en Russie. Il chargea son ministre, M. de Marcoff, de recueillir sur place les vues de notre auteur. Celui-ci fut empêché de se livrer à ce travail, par suite de l'excès de ses occupations. Il prit le temps cependant de rédiger pour le Roi de Hollande quelques lettres qu'il lui avait demandées sur la peine de mort qu'il voulait rétablir dans ses Etats. Enfin, désigné pour faire partie de l'Académie française, Portalis composa « L'éloge de l'avocat général Séguier », son discours d'adieu, pièce éclatante, qui fut lue à la séance publique de l'Institut du 2 janvier 1806, par le Marquis de Fontanes¹.

Dans ce discours, il proclamait entre autres : « Il n'en est pas des lettres comme des sciences. Les sciences ont chacune leur territoire déterminé. Le domaine des lettres ne connaît point de limites. » Ce que rapporte Mignet, d'une conversation antérieure entre Napoléon, Portalis et Fourcroy, est donc tout à fait vraisemblable. Cet auteur note ainsi l'influence de Portalis : « Dans cet entretien, M. Portalis avait soutenu la prééminence des lettres qui donnent l'instruction fondamentale et forment l'esprit général, sur les sciences qui ont des objets spéciaux et ne pourvoient qu'à une instruction particulière. Aussi Napoléon ne fit pas d'un savant célèbre, mais d'un lettré éminent le grand maître de l'Université, et il remplaça Fourcroy par M. de Fontanes. »².

Pour donner une idée de l'ascendant de Portalis à la fin de sa vie³, publions ce début d'une lettre signée « Louis », récemment promu Roi de Hollande :

(1) Nous avons eu le privilège de compulser un nombre considérable de lettres d'éloge, très intéressantes, émanées des collègues de Portalis et de ses innombrables amis. Parmi elles, citons les signatures de différents Bonaparte (les deux Portalis étaient au mieux avec Joseph, Louis, Elisa); celle de Charles, Electeur Archiduc de Saxe Brandebourg; celle de ses vieilles connaissances d'exil; celle, bien curieuse, de Delisle Aîné qui se termine ainsi : « Je vous aime et vous honore par la plus tendre, la plus juste, la plus indestructible et longue habitude. » Quelques lettres se rejoignent en appelant le destinataire « l'homme le plus éloquent des temps actuels ».

(2) Rapporté par LALLEMENT, *Eloge de Portalis*, chapitre 4^o.

(3) Extrait du *Voyage de découverte aux terres australes exécuté sur les corvettes le Géographe et le Naturaliste et la Goëlette la Casuarina, en 1801*, 2, 3, 4, par F. PÉRON, à Paris, imprimerie royale 1816, in-4^o, tome 2^o, p. 90 : « Au delà du cap Amiot, en continuant à se porter vers le sud, nos géographes découvrirent successivement le cap Rollin, le cap Condillac, l'île Volney..., le cap Portalis et plusieurs autres points remarquables, qui furent tous consacrés par quelques-uns de ces noms célèbres dont notre Patrie s'honore ». Tous ces noms furent, il est vrai, changés par la suite. Le Musée d'Arbaud, à Aix-en-Provence, a conservé

« Monsieur le Ministre,

« J'ai bien du regret de ne pas vous voir avant mon départ; j'espère que vous n'oublierez pas l'entretien que nous eûmes ensemble il y a quelques temps chez moi; il me sera toujours cher comme toutes les occasions où j'ai pu apprécier vos lumières et vos sentiments, par l'estime qu'ils m'inspirent pour vous et par le désir que j'aurais de justifier votre suffrage si cela m'était permis dans ma position et sous un fardeau tel que celui qui m'est imposé. Quoi qu'il en soit, je n'oublierai jamais ni l'Empereur, ni mon Pays, ni les hommes distingués qui les servent si bien par leur caractère et leurs lumières. » ¹.

Il se soumit enfin à la longue et douloureuse opération qui devenait nécessaire, malgré les grands risques qu'elle apportait. Elle parut réussir, et il eut pendant quelques instants la joie de contempler sa famille assemblée autour de lui, dont faisaient partie ses deux petits-enfants qu'il n'avait jamais pu voir. Mais le succès fut éphémère, et tout retomba dans le noir : « Je me souviendrai toujours avec attendrissement, dit le Duc de Massa, de la constance et de la résignation sublimes avec lesquelles cet homme vraiment vertueux supporta son malheur. Pas une plainte, pas un murmure; et lorsqu'il reparut au milieu de ses collègues pour reprendre ses fonctions accoutumées, le même calme, la même sérénité, la même douceur et la même égalité d'humeur qu'auparavant. » ².

Notre héros mourut l'année suivante, après une courte maladie, le 25 août 1807, âgé de 61 ans, dans tout l'éclat de sa pacifique célébrité. Il était le premier à disparaître, des grands personnages de l'Empire. On lui fit de grandioses funérailles, dont l'Etat fit tous les frais. De nombreux discours furent prononcés. On écrivit à la femme et aux enfants de Portalis de tous les coins de l'Europe, des lettres touchantes de sympathie. La famille a conservé respectueusement les plus belles, parmi lesquelles se trouvent celles de Joséphine et d'Eugène Napoléon.

Portalis avait répondu toute sa vie à l'appel des circonstances et quand on avait eu besoin de lui, on l'avait trouvé, improvisé devant son poste, prêt, capable et ferme. Parvenu enfin auprès de la puissance, il voulut sanctionner d'un monument uniforme la régénération civile de la France, et, dans le même moment, « réconcilier la Révolution avec le Ciel ». Il s'en est allé au terme de sa tâche.

On a dit que, par la faveur suprême de la fortune, « Por-

un curieux manifeste de l'intérêt du public pour Portalis. Il s'agit d'une Ode intitulée « La Reconnaissance » dédiée « A son Excellence, Mgr Portalis », par Léonard TOURNEFORT, curé de Sault, département de Vaucluse (1807).

(1) Lettre de Louis BONAPARTE du 10 Juin 1806, sur papier doré sur tranches.

(2) Discours du ministre de la justice dans la nef du temple.

talis s'éteignit à temps pour ne point assister à cette lutte impie entre le pontife et le despote, que tous ses efforts s'étaient appliqués à prévenir » ¹. La proposition inverse serait peut-être plus vraie. Au chef isolé par la flatterie, le mensonge calculé, les affirmations factices de sécurité, il aurait fallu un autre Portalis se dressant courageusement pour lui *dire la vérité*. « Vous saurez toujours la vérité » ². Hélas ! Portalis disparu, elle n'avait plus voix au chapitre. Car la parole sincère et nuancée d'un homme respectable *que Napoléon aimait* aurait seule pu redresser une conduite faussée, avertir un orgueil débordant, contribuer au maintien, pour quelques belles années encore, d'un équilibre instable qui chavirait. Tant il est vrai *qu'il y a une infinité de petites choses très nécessaires à la vie qui se donnent gratuitement, et qui, n'entrant pas en commerce, ne se peuvent acheter que par l'amour*. (Nicole).

(1) BOULLÉE, *ouvrage cité*.

(2) « On a établi en maxime qu'il importe que les gouvernements soient contredits, et que l'adulation est plus dangereuse que la censure. Nous observons aussi qu'il y a autant de faiblesse à blâmer sans cesse la puissance qu'à l'encenser toujours. » Discours de PORTALIS orateur du gouvernement, devant le Corps législatif, sur les *Tribunaux criminels spéciaux*.

CHAPITRE DEUXIEME

SA PERSONNE

« Il n'appartient pas à tout le monde de sentir quel ressort l'amour des choses honnêtes peut donner à l'âme, et quelle force on peut trouver en soi, quand on veut être sincèrement vertueux. Il est des gens à qui tout ce qui est grand paraît chimérique, et qui, dans leur basse et vile raison, ne connaîtront jamais ce que peut sur les passions humaines la folie même de la vertu. »

PORTALIS.

Nous comprenons sous ce titre l'ensemble formé par son caractère, son tempérament, ses aptitudes et ses goûts, l'amalgame de ses sentiments et de ses pensées, de ses tendances et de ses réactions, ou pour mieux dire, son *attitude* générale, innée ou acquise, devant l'existence si diverse qui *se fit* devant chacun de ses pas. Or, le long des cahots de sa vie mouvementée, la *personne* de Portalis ne changea guère. Ses opinions, comme son caractère dans ses grandes lignes, se retrouvent les mêmes au début de ses travaux et à son apothéose.

Portalis était de ces hommes précoces, qui ont conquis rapidement l'expérience pour en-recueillir des fruits mûrs à travers toute leur carrière. Car l'*expérience*, contrairement à ce qu'on croit souvent, ne vient pas d'elle-même *s'accrocher* à l'esprit par le seul écoulement du temps; l'homme sage *dirige* l'expérience et ne se laisse pas *envahir* par elle. C'est le *jugement* qui en *discerne* les sources, qu'il *retient*, qu'il *trie* et qu'il *organise*. Ce travail peut se faire sans éclat, ou avec des explosions créatrices; il peut se renouveler durant toute une vie, ou *se ramasser* dans la jeunesse. Un homme est *intelligent* quand il *sait* déterminer avec son *jugement* le centre sur lequel *se grefferont* les résultats de sa future expérience. Portalis était mûr dans sa jeunesse, parce qu'il avait prescience de ce que l'expérience viendrait lui apprendre; il fut un homme jeune dans sa maturité, parce qu'il *infléchit* alors son point d'appui, de façon à l'enrichir de toute l'expérience qui dépassait le jugement de ses vingt ans.

Nous ne suivrons pas ici un plan historique; nous nous inspirerons du programme que nous trace Portalis lui-même, quand

il écrit¹ : « La philosophie a posé les règles d'après lesquelles les vies particulières doivent être rédigées. Elle veut que l'on cherche l'homme privé sous les dehors de l'homme public; que, par les actions, on sache lire dans le cœur; qu'on recueille les discours qui expliquent ou trahissent les actions; que l'on distingue les faiblesses d'avec les vices; que l'on saisisse, non pas seulement les choses qui marquent, mais les traits qui fuient; que l'on étudie les relations fines, délicates et souvent imperceptibles qui peuvent exister entre les qualités du cœur et celles de l'esprit; que l'on observe les contradictions morales dont se compose l'âme humaine, et qu'on découvre leur source; que l'on suive les effets combinés du caractère d'un homme et de son talent, de ses affections et de ses principes, de ses devoirs et de son intérêt, de ses dispositions naturelles, de ses vertus ou de ses connaissances acquises, en un mot, que l'on décompose tout l'homme, que l'on ne s'arrête point au prince, au héros, à l'écrivain, à l'artiste, mais que l'on arrive jusqu'à la personne. »

I

Portalis avait un esprit très droit, d'une logique rigoureuse, ami avant tout de la clarté, et d'une fermeté telle que sa position une fois assurée demeurait inébranlable : c'est qu'il l'avait chèrement conquise, car une rigueur intransigeante l'avait obligé à l'examen le plus attentif et le plus minutieux avant de se fixer. Son ascension intellectuelle fut ainsi continuelle, chaque échelon s'étant gravé à même la pierre la plus dure. Elle fut, de plus, intégrale, étant composée de la succession innombrable de tous les fragments de connaissance, que sa mémoire étonnante allait retrouver, dans leur intégrité, *au-dessous* des résultats acquis par leur combinaison. De là la contrariété fréquente, mais par lui non sentie, entre certaines de ses opinions, qui sont *juxtaposées* sans avoir été mûrement confrontées; de là la répétition patiente d'ingénieuses sentences tenues en réserve dans les caves de cette mémoire incomparable. Ces sentences avaient été souvent éloquemment formulées autrefois par Portalis lui-même, pour *ramasser* le contenu d'une expérience récente, jugée complète; elles avaient été parfois *imitées* d'un auteur estimé, et même *reprises textuellement* d'un ouvrage préféré. On repère chez Montesquieu, dans l'Esprit des Lois notamment, quantité de maximes originales, profondes et imagées qui trônent en bonne place dans les ouvrages de son émule et admirateur fervent. Si parfois Portalis, s'en rendant compte, soulignait la formule pour indiquer son ori-

(1) *De l'usage...* p. 30 et 31.

gine étrangère, parfois aussi il s'appropriait, avec la meilleure foi, des phrases entières et de très belles, dont sa mémoire omettait seulement la provenance.

Son ordre était remarquable : Les questions les plus embrouillées s'organisaient d'elles-mêmes dès qu'il les touchait pour s'y appliquer; quelle qualité précieuse pour un avocat de l'Ancien Régime ! Portalis excellait à dégager les grandes lignes des affaires privées qui lui étaient confiées, et même celles de l'administration provençale dans lesquelles il eut maintes fois à faire montre de ses talents. Il faut lire ses consultations et ses mémoires, rédigés souvent à la demande des assemblées publiques de sa province, d'une municipalité ou d'un ministre éclairé, pour apercevoir une des raisons essentielles de sa réputation en la matière : son habileté à présenter dans un ordre presque didactique tout sujet qu'il avait fallu *débrouiller* et *éplucher*, en le sortant du fatras de textes contradictoires et de formes tracassières. On remarque aussi dans ces travaux, purement juridiques pourtant, une exposition simple, aisée, littéraire sans être prétentieuse, dénuée des citations inutiles que le goût de l'époque jugeait indispensables, une connaissance profonde de l'Histoire, dont il faisait état dans l'étude de chaque question, et surtout une élévation de vues, rattachant toujours les cas d'espèce aux grands principes philosophiques et politiques dont étaient nourris ses loisirs. Car, à l'inverse des esprits étroits de toutes les époques qui cloisonnent les différentes disciplines pour y régner en despotes, Portalis croyait à l'unité de la science, et aux influences nécessaires que chacun de ses compartiments devait recevoir des autres ¹.

Locré, qu'on n'a guère eu jusqu'à présent l'idée d'accuser d'enthousiasme, s'écrie au sujet de Portalis, qu'il avait des raisons de bien connaître : « Ses discours portent l'empreinte du génie. Il creuse jusqu'aux premiers fondements de la nature et de l'ordre social. C'est dans la métaphysique de la loi, si peu ou si mal connue aujourd'hui, qu'il va prendre ces pensées hautes, profondes, sublimes, par lesquelles il nous élève jusqu'au troisième ciel de la divine science des lois. Logicien parfait, il dissipe par la clarté de ses raisonnements les plus épaisses ténèbres et renverse par la puissance de sa dialectique, des remparts qui paraissaient inexpugnables ². Boullée, honorable magistrat du second Empire, après l'avoir honnêtement étudié, énumère ses « ressources précieuses » : « une dialectique lumineuse et pressante, beaucoup d'art dans la disposition des arguments, une

(1) « On a dit que toutes les sciences sont sœurs, je dirai qu'à proprement parler, il n'y a qu'une science, celle de la nature... ». L'extrême diversité des sciences particulières que nous avons créées « est une suite de la faiblesse de notre raison ». *De l'usage...* chapitre 4.

(2) LOCRÉ. *La législation civile de la France*, Paris 1827, tome 16 p. 691.

modération de langage à toute épreuve, un ton irrésistible de conviction et d'honnêteté, et par-dessus tout l'autorité d'une vie pure et intègre et d'un désintéressement digne des plus beaux temps de l'antiquité » ¹.

Ce dernier trait remplissait déjà d'admiration d'Arbaud Jouques, contemporain de Portalis, qui devait savoir ce qu'il valait à son époque troublée et corrompue : « Ce n'est pas seulement par l'éclat et la singularité de son éloquence que Portalis fut célèbre dans sa jeunesse et dans sa première carrière, son désintéressement et sa justice rehaussaient ses talents. » Le Corps législatif sanctionna dans sa séance du 4 septembre 1807, par l'organe de Défermon, *Conseiller d'Etat*, ce que l'opinion publique était unanime à dénoncer : « Sa fortune fut la chose dont ce ministre s'occupa le moins; et à tous les exemples qu'il a laissés, se joint particulièrement celui d'une intégrité trop honorable pour ne pas mériter d'être récompensée » ². Ainsi, chez notre auteur, les *formes intellectuelles* ne peuvent être étudiées abstraction faite de l'*honnêteté* foncière qui marqua de façon indélébile tous ses travaux, et qui fut évoquée officiellement comme suprême hommage par un membre éminent de cette assemblée dans laquelle il avait tant donné de son esprit.

II

Portalis était fin psychologue, en même temps que grand observateur, ce qui lui permettait de comprendre avec pénétration les théories qu'on lui présentait, sans se leurrer sur les véritables pensées des promoteurs, les ruses des intéressés, ou la malveillance des détracteurs. S'il n'avait pas l'imagination d'un créateur, il exposait toujours avec art les doctrines des autres, qu'il avait si bien comprises. Dans ses critiques, derrière les *systèmes* qu'il accablait, il respectait les *personnes*; il était lui-même trop sincère pour douter, en règle générale, de la bonne foi de ses adversaires. « Le bien est toujours prouvé, disait-il à propos de la loi civile, lorsque les preuves du mal ne sont pas certaines et manifestes » ³. Car « la confiance est la véritable base du bonheur social. Sans elle, il n'y a que des tyrans et des esclaves » ⁴. Et il avait coutume de répéter cette maxime généreuse en même temps que profonde : « Il faut croire les hommes

(1) BOULLÉE, *Essai sur la vie, le caractère, et les ouvrages de Portalis*, Paris, Didier 1859.

(2) Extrait de l'*exposé des motifs* du projet de loi qui fixe le maximum des pensions des grands fonctionnaires.

(3) *Discours de PORTALIS au Conseil des Anciens*, du 9 Fructidor an IV, relatif aux prêtres non assermentés.

(4) *Rapport de PORTALIS sur les délits de la presse*, 26 Germinal an V.

bons, si l'on veut réussir à les rendre meilleurs » ¹. Avant tout, il avait au plus haut point, a-t-on pu dire ², « le courage difficile de l'impartialité ».

C'est au nom de cette impartialité, nécessaire rempart de la vérité qu'il recherchait, qu'il s'éleva dans ses travaux et par son exemple *contre* l'intolérance, le fanatisme et les systèmes qui déforment les choses et séparent les hommes, *pour* la raison, la liberté, la sincérité dans les actes et les paroles, qui réalisent l'union en respectant les faits. « La folie, l'exagération et le fanatisme, sont des maux effroyables, écrivait-il à sa femme, pendant l'exil, le 26 décembre 1797. J'ai combattu ces fléaux, et je crois avoir réussi. Ah ! ma bonne amie, que les hommes raisonnables sont rares ! que les hommes haineux sont communs ! Heureusement, j'ai une âme qui n'est pas sujette à toutes ces passions irascibles, et les circonstances ni le malheur ne changeront jamais mes principes. Ce qui est bien est bien. Jamais l'ordre et la paix ne règneront si les passions ne se taisent », et il se félicitait, le 3 novembre 1797 : « Il est une consolation qu'on ne m'enlèvera jamais et qui me dédommage de tout, celle d'avoir vécu sans reproche, et de mourir, s'il le faut, sans passion et sans haine contre qui que ce soit. »

C'est au nom de cette impartialité qui lui ordonnait de respecter toute opinion et de tenir compte de chaque fait, qu'il a joué dans l'Histoire un rôle de conciliation juridique, d'apaisement politique, et de concorde religieuse. *Modération en toutes choses*, telle a d'ailleurs paru à ses contemporains comme à ses biographes la caractéristique de Portalis. Il renouvelait sans se lasser l'expression de son goût pour le *juste milieu*, de sa conception du *bien* ou de la *vérité entre deux extrêmes*. On pourrait même se demander quelle est l'affirmation de Portalis qui se trouverait à sa place autre part qu'*entre deux extrêmes*... Vivant dans un siècle tiraillé de tendances ennemies, au milieu de *partisans* puis de *factieux*, témoin ensuite de tous les excès et déchainements passionnels auxquels une expérience nouvelle conduisait les révolutionnaires ainsi que leurs victimes, il pensait pouvoir *juger l'esprit* de son siècle en s'élevant au-dessus de ses querelles, sans s'apercevoir que son *modérantisme à tout prix* était aussi un système.

Il y a des questions qui réclament la sécurité d'une position tranchante, intransigeante, absolue, ou qui ne peuvent être éclairées vraiment et pour le repos de l'esprit, que par un principe unique d'interprétation. Celui qui, dans ces cas, accumule sans choisir expressément, les causes influentes ou les théories explica-

(1) *Discours de Portalis au Conseil des Anciens* du 29 Ventôse an IV, relatif à la déclaration des membres des assemblées électorales.

(2) LAVOLLÉE, *Portalis, sa vie et ses œuvres*, Paris 1869.

tives d'un fait étudié, ou qui *dilue* par trop la responsabilité dans la multiplicité des prévenus, montre l'inachevé de sa recherche, ou l'insuffisance de sa pénétration. Portalis donne lieu parfois à cette critique, dans son livre sur l'*Esprit philosophique*. Il semble ne pas avoir suffisamment *maîtrisé* les événements qui le submergeaient, ni être arrivé à classer ses connaissances et ses observations, dont la hiérarchie est flottante. Son excuse est l'étendue même du champ qu'il s'était proposé de cultiver dans son ouvrage, faisant état d'un savoir « qui touche à la plupart des notions humaines »¹.

Il ne faudrait pas croire que son état d'esprit d'estime, de pondération et de tolérance ait eu pour résultat de le mettre en accord cumulativement avec les champions des diverses thèses qu'il conciliait. La position intermédiaire déclanche souvent de plus amères critiques qu'une affirmation sectaire, car elle mécontente à la fois les deux partis en présence : Portalis eut à souffrir, dans sa jeunesse, d'attaques passionnées et contradictoires, soulevées par ses premiers écrits; il fut victime de la Révolution, qui mettait les « tièdes » sur la liste des « ennemis publics »; il expia dans les douleurs de l'exil, sous l'inculpation abusive de « contre-révolutionnaire », sa volonté de construire sur des ruines, grâce à la paix politique; il fut déchiré, lors du Concordat, par les impératifs si différents des deux puissances, qu'il était obligé parfois de défigurer, pour obtenir *à tout prix* l'accord; il fut abandonné à la fin de sa vie au triste privilège de choisir entre ses scrupules et les appels de sa conscience toujours éprise de *liberté* et les *commandements* du tyran glorieux qu'il vénérât. Toute son existence, ce rôle de *médiateur* l'a dominé comme une mission.

D'autre part, la *pondération* de Portalis n'était pas la condition d'un but que son auteur dissimulait, celui par exemple de *ménager* l'autorité et ses contemporains, pour se faire agréer à la fois des puissants du jour et de ceux du lendemain; c'était une affirmation sincère d'un esprit par nature *temporisateur*. Bien loin d'être une marque d'incertitude, de faiblesse ou de crainte, elle ne pouvait se soutenir qu'avec du courage, de la force et du calme.

Portalis avait une âme fièrement trempée et il n'hésita pas à proclamer ses convictions, sans se soucier des difficultés qu'elles lui créeraient, sans se laisser abattre par la déception que l'incompréhension et la mauvaise volonté du milieu lui apportaient. Par ses premiers écrits, « il eut le courage de se montrer religieux à un âge et à une époque où le monde voulait que l'on se montrât incrédule. »² Il prouva qu'il n'était l'esclave d'au-

(1) BOULLÉE.

(2) Comte Joseph-Marie PORTALIS. *Notice sur la vie de J. E. M. Portalis*.

cune secte. A 19 ans, il révolutionna le barreau d'Aix, par une nouvelle manière de plaider. Comme on lui refusait le compliment d'usage, après son premier discours, désagrément qui n'arrivait à personne, il répondit crânement : « C'est le barreau qui a besoin de changer d'allure et non pas moi. » A 20 ans, il publia un travail sur la *distinction des deux puissances, spirituelle et temporelle* qui rendit sa croyance suspecte à quelques esprits méfiants. Il dut publier sa justification. A 24 ans, il contredît les préventions de la Cour d'Aix, en affirmant sa tolérance religieuse, rejoignant par sa maîtrise et son éloquence Servan, qui luttait pour la même cause à Grenoble. En 1787, il revendiqua franchement et hautement la liberté politique.

En 1790, *l'affaire des dragons du roi* fit éclater son courage civil. L'histoire vaut d'être contée : La procédure criminelle était devenue publique et, suivant une loi émanée de l'Assemblée Constituante, on donnait des conseils et des défenseurs aux accusés¹. Pendant une échaffourée, deux dragons du roi, en se défendant, avaient tué un paysan. Portalis fut chargé de les défendre. Le jour de l'audience, la populace s'était massée, nombreuse, dans la salle, menaçant de massacrer les accusés, si les juges ne les déclaraient pas coupables. Des murmures circulaient contre le défenseur dans cet auditoire turbulent et malintentionné. Portalis comprit la difficulté de sa tâche qu'il se sentit prêt à dominer. Il refusa les précautions qu'on voulait prendre pour sa sûreté. Il se leva pour faire sa plaidoirie, mais, avant d'adresser la parole aux magistrats, il se tourna vers le peuple. Il lui montra que la liberté du ministère qu'il remplissait importait à tous les citoyens et que, dans l'intérêt de tous, nul ne devait être condamné sans avoir été défendu. Il obtint le silence, commanda l'attention, justifia les accusés, et se retira sans recevoir la moindre insulte².

Le courage de Portalis fit bientôt place à l'audace. Lors du jugement de Louis XVI, il composa, à Lyon, un plan de défense pour l'infortuné roi, et le développa, plein d'indignation, devant une société nombreuse. A la sortie de sa détention, pendant la tourmente, son premier acte fut encore un plaidoyer généreux, « son premier mot, un cri d'humanité » (Sainte-Beuve). Il publia une brochure où il réclamait, *au début de 1795* !, la révision des jugements prononcés par les tribunaux révolutionnaires et la restitution des biens des victimes, confisqués par ces assassinats juridiques; une deuxième brochure où il dénonçait le ré-

(1) Décret des 8 et 9 Octobre, 3 Novembre 1789, articles 10 et 21.

(2) Le calme fut d'ailleurs de peu de durée; les magistrats qui venaient de prononcer l'arrêt d'absolution furent forcés de s'échapper par des issues secrètes; il fallut reconduire en prison les acquittés, et ils ne purent recouvrer leur liberté qu'à la faveur d'un déguisement et dans les ténèbres de la nuit. (rapporté par J. M. PORTALIS, ouvrage cité, p. 12).

gime de brigandage subi par la Provence et surtout la ville d'Arles pendant trois années; un mémoire, *qu'il déposa à la barre de la Convention*, dans lequel il révélait un des nombreux actes de spoliation accomplis à Lyon et en demandait la réparation. Au Conseil des Anciens, c'est lui qui défendit les prêtres réfractaires, *au lendemain de la Terreur*, qui voulut qu'on distinguât parmi les émigrés, ceux qui étaient sortis de France volontairement, pour satisfaire leurs ressentiments personnels, et ceux qui, n'étant partis qu'à contre-cœur, pour échapper aux persécutions, méritaient la clémence; qui réclama la mise en liberté des *Naufragés de Calais*, sur qui s'acharnait Merlin. Il y eut du courage nous le verrons, à supporter sans se plaindre, *et sans incriminer*, un exil injuste et si amer. Il y eut du courage dans ses réponses au tout puissant Bonaparte, et jusque dans sa façon, parfois, de céder. Il y eut du courage, dans la manière dont il supporta sa cécité progressive, et quand, après l'opération qui avait *semblé* quelques instants réussir, il dit froidement : « N'importe, j'ai pu voir mes petits enfants ».

Chaque épisode de sa vie fut un acte de courage, et ceux qui en ont douté, invoquant sa *fuite* effrayée à la campagne, au début de la guillotine, ou ses rapports « *courtisans* » avec Napoléon, n'ont pas compris la grandeur du sacrifice. En ce qui concerne le premier grief, ses contemporains ont eux-mêmes expliqué son attitude. « La violence de la tourmente, dit le Duc de Massa¹, lui fit prendre le parti de la retraite, non pour s'y livrer à une oisiveté incompatible avec l'activité de son esprit, mais pour fortifier son âme par la lecture et la méditation contre les périls et les malheurs qu'il prévoyait ». L'homme énergique ne s'attaque pas à l'insurmontable, il se garde pour l'action possible. « Il sut se réserver pour cette époque peu lointaine, proclama d'Arbaud Jouques², et ferme, calme, résigné dans cette éruption volcanique, il se tut avec les lois, et disparut avec la justice ».

Quant à ses rapports avec Napoléon, il faut les étudier, avant de les juger. L'homme volontaire se tait devant la nécessité; il se révèle quand il peut être écouté. Portalis eût irrité Napoléon, s'il se fût *imposé*. Il eût ruiné son influence et perdu toute occasion d'éclairer ou de convaincre dans les grandes causes, s'il l'eût critiqué chaque fois qu'ils différaient d'opinion. Un maître susceptible, conscient de ce qu'il veut, faisant de chaque victoire une question d'orgueil, se laisse parfois diriger par l'admiration et l'amour sincères, la douceur et la persuasion.

(1) *Discours du ministre de la justice*, dans la nef du temple, 27 août 1807, recueilli par le Vicomte Frédéric PORTALIS. *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*. Paris 1845.

(2) *Discours du Conseiller d'Etat, sous-préfet du département du Var*, pendant le service funèbre, célébré à Aix, le 11 Septembre 1807. Recueilli par id.

Portalis avait justement le caractère qui pouvait plaire à un homme puissant, intelligent et ambitieux. Il savait, par sa dignité et par sa réputation intègre et pure, faire accepter le droit qu'il prenait de parler toujours suivant sa conscience, sans choquer l'auditeur, faisant état de sa propre certitude, tout en respectant les opinions divergentes. Napoléon lui étant très attaché, écoutait avec attention ses propositions et ses critiques et suivait souvent ses avis. Portalis était l'homme *sage* qu'il consultait dans les moments difficiles : c'est à lui qu'il eut recours pour la réalisation du plus délicat de ses rêves : *le Concordat*. Pouvaient-on demander à un dictateur plus que cette confiance ? Portalis, qui cherchait à faire prévaloir ce qu'il considérait comme la justice, voulut utiliser cette position enviée, pour le bien, pour le succès de ses aspirations; il *dut* et *sut* être diplomate. Les exemples de son obéissance se confondent avec ceux de son habileté. Ils manifestent sa force, car « l'homme fort reste fort quand il cède » ¹.

Cette résignation devant la rigueur des événements que montrait Portalis quand ses principes étaient violés ou quand sa voix était enchaînée, il s'en paraît encore aux jours du malheur. Pour cet homme sensible et simple, la circonstance la plus triste fut, nous le montrerons, celle qui le séparait de sa famille. Pour éviter la déportation qui était une sorte de condamnation à mort en Guyanne, il dut au 18 fructidor, s'enfuir en Suisse, puis en Allemagne. Dans les lettres touchantes qu'il envoya d'exil à sa femme, on retrouve cette acceptation presque sereine du sort méchant. Il écrivait le 5 février 1798 cette phrase stoïcienne : « Je répondrai à tes plaintes ce que tu répondais aux miennes : Ne nous chagrinons pas de ce qui ne dépend pas de nous ». Il renouvelait son courage et celui de sa femme par le sentiment du devoir accompli, et il puisait un espoir profond et communicatif; dans la certitude de l'aménagement que le temps apporte à tout, même à la souffrance : « Il faut donner du temps à la fortune; tout a son progrès et son terme, le malheur même finit » (Zurich, 17 octobre 1797) et ce fragment magnifique, car il était sincère (Baden, 21 novembre 1797) : « Ce n'est que pour mes enfants, ma bonne amie, que je souffre de voir ma médiocre fortune menacée de confiscation. Pour moi, je saurai souffrir, pourvu que je souffre seul. Au reste, ma tendre amie,

(1) Nous ne donnerons qu'un exemple de cette *diplomate* docilité : Au moment de l'organisation du clergé catholique après la signature du Concordat, il soutenait les prêtres réfractaires, quand Napoléon réclamait l'égalité de droit pour les prêtres constitutionnels. Portalis *céda* parce que, s'il s'était entêté *contre* les assermentés, qui d'ailleurs ne facilitaient pas sa tâche délicate, Napoléon aurait mis à sa place un ministre plus conforme à ses propres opinions, de telle sorte, 1^o) que les prêtres réfractaires n'auraient plus eu *personne* pour défendre leurs droits et 2^o) que l'accord si souhaité avec le Saint-Siège aurait risqué d'échouer. La présence de Portalis était *indispensable* car la haute conciliation qui honorait son caractère n'appartenait *qu'à lui*.

je ne suis pas d'avis de m'expatrier. Ne soyons pas impatients. Il faut que les choses aient leur cours. Un jour viendra où l'on me rendra justice, et où l'on sera convaincu que, qui n'a jamais intrigué avec personne ni contre personne, qui est sans ambition comme sans haine, n'a pu raisonnablement être banni comme dangereux. Mais encore une fois, il faut du temps à tout ». Après un mois et demi d'exil, il reconnaissait déjà la clémence relative de sa situation : « Nos maux finiront, car nous ne les avons pas mérités; et ils sont moindres, en attendant, que ceux de nos compagnons d'infortune, livrés au plus dangereux des éléments et séparées de leur Patrie, de leurs enfants, de leur famille par des milliers de lieues ». (Baden, 24 novembre 1797).

On peut avec orgueil fixer sur la conscience de Portalis cette page de Jhéring : « Pour que leur caractère puisse se développer, les hommes doivent posséder de bonne heure le sentiment de l'inviolabilité de leur droit. Mais ce sentiment subjectif réclame une garantie extérieure objective dans la société, et celle-là, c'est le droit qui la donne à l'homme. Comme le croyant dans sa foi en la divinité, l'homme du droit a une foi inébranlable dans le droit; l'un et l'autre, non seulement se reposent sur quelque chose de placé en dehors d'eux, mais ils sentent vivre en eux-mêmes leur Dieu et leur droit, ils en font la base solide de leur existence; Dieu et droit font partie d'eux-mêmes; nulle puissance au monde ne les leur retranchera, elle ne pourra que les anéantir en eux et avec eux. Là réside la force du croyant et de l'homme du droit. L'angoisse qui étreint l'atome animé, livré à lui-même, disparaît avec le sentiment de cette force qu'il sent en lui et qui le couvre comme un rempart. A sa détresse a succédé un sentiment d'inébranlable sécurité. Confiance invincible, telle est pour moi l'expression exacte du sentiment qu'inspire à l'homme le droit et la religion : le droit dans ses rapports avec ses semblables, la religion dans ses rapports avec Dieu¹ ».

Ainsi, nous voyons Portalis, dans sa jeunesse, prendre dans ses mains un programme *d'attaque* contre les préjugés, la routine et l'injustice. Plus tard, conscient de son devoir devant les circonstances brutales, il se fit, sans s'affranchir des conquêtes, le défenseur de la paix et de l'ordre. Quand la rafale soufflait trop rapide, et comme folle, il disait, plein d'abnégation : « Il faut souffrir ce que Dieu souffre », prêt à reprendre le lendemain, sa mission, « tant il est vrai qu'à chacun appartient sa tâche et son rôle; celui de Portalis était de ne pas innover en détruisant. Mais la destruction faite, et quand la violence aveugle ne régnait plus, il arrivait, il se levait avec calme, il trouvait des paroles de douceur, d'équité, de renaissance et presque de convalescence

(1) RUD. VON JHERING, *l'Evolution du droit*, traduit sur la 3^e édition allemande par O. DE MEULENÈRE, Paris, 1901, p. 255 et 256.

sociale, et il excellait à infuser quelque chose de la moralité ancienne dans le fait nouveau » ¹.

Mais *jamais il ne désespéra*. Il crut toujours que les forces bonnes vaincraient, tôt ou tard, le mal. « Va, ma bonne amie, écrivait-il de Zurich, le 20 octobre 1797, la Providence nous a conduits jusqu'ici, elle ne nous abandonnera pas. Elle protège les vertus domestiques. Il faut seulement donner quelque chose au temps ». Et il connaissait bien l'art de composer avec le temps : « L'homme qui t'a parlé de ma gaieté et de mon calme, écrivait-il encore à sa femme, a vu que je sais être supérieur aux événements, que mon âme n'est sensible qu'aux affections douces, et qu'elle sait souffrir sans impatience, sans aigreur, et sans découragement » ². Il était avant tout un homme religieux. « Si l'homme est trop grand pour ne pas s'estimer, il est trop borné pour se suffire » ³. C'est dans sa foi qu'il puisait son *courage* à l'attaque dans la lutte du mieux, sa *force* dans la défense de ce qu'il croyait bien, son *calme* dans la défaite, apparente abdication recouvrant un mystique espoir. Portalis ne s'inclinait pas devant un destin fatal. Il réunissait toute sa confiance pour la donner à Dieu.

III

Son intelligence supérieure réclamait la difficulté, son tempérament passionné savait combattre. Il se mettait tout entier dans sa tâche qu'il effectuait avec fougue, partant avec zèle. Il *croyait* à son travail, à son action, à sa parole; le *devoir*, pour lui, n'était pas une règle qu'on est obligé par sa *conscience* de manifester : c'était le vœu même de son âme ardente, qu'il réalisait avec soin et amour. Ayant engagé son cœur dans chaque entreprise, il considérait le succès comme une chose normale, nécessaire. Le contentement qu'il montre candidement lors de la récompense de veilles pénibles n'est pas l'effet de la vanité ou d'une ambition trop vite remplie. C'est le sentiment qu'un effort sincère et tenace projette invariablement devant lui un résultat positif. Mais il comprenait que cette satisfaction, pour être juste, devait être temporaire. Car le principe de progrès incessant qui fait mouvoir le monde rend *intérieurement* inutile le succès qui n'est pas ensuite surpassé par son auteur même, qui doit y avoir puisé la force et l'*idée* d'un but nouveau. La *halte* qui suit l'éclat d'une victoire, marquant une étape, n'est que l'incubation d'une éclosion prochaine. C'est pourquoi, Portalis écrivait, à 18 ans : « Il

(1) SAINTE-BEUVE. *Causerie* du Lundi 1^{er} Mars 1852.

(2) Lettre du 19 Janvier 1798.

(3) *De l'usage...*, t. 2, p. 77.

faut savoir être content de ceux qui nous apprennent à être mécontents de nous-mêmes ».

Aussi, quand les témoins de ses efforts ne ratifiaient pas le verdict rassurant qu'il avait prononcé intérieurement, il n'arrêtait pas sa marche, qui était au contraire stimulée par le désir de faire mieux comprendre aux autres ce qu'il avait avant eux aperçu. Mais il souffrait... car il est donné à bien peu d'individus de se suffire. Portalis, plus que tout autre, était *plein de tout*. Sa nature étonnamment émotive et impressionnable vibrail au moindre choc, se laissait pénétrer par chaque geste, infiltrait en elle les influences volatiles de l'ambiance générale, des personnes et des choses. Il lui fallait ensuite transporter dans ses productions, communiquer en ses confidences, ce clavier si riche de sentiments *vécus*. Si bien que, lorsque le milieu était hostile, l'homme devait se fermer, lui qui était toute *offrande*; il devait encore montrer le calme, lui qui recélait un bouillonnement difficilement coercible de puissances inemployées.

Tel était Portalis. Quand il était venu au barreau, tout neuf et fort de sa *manière* nouvelle, on lui avait opposé l'inertie et la routine, qu'il avait pu vaincre alors par l'enthousiasme qui soulève les jeunes, en mésestimant les obstacles. Ses écrits les plus chers ouvrirent des attaques blessantes : il laissa dire, en *se réservant*. Il mûrissait une œuvre à la hauteur de ses désirs, exprimant sa fièvre, révélant son âme. Mais, avant même qu'il se crût assez maître pour l'entamer, les événements vinrent montrer à sa clairvoyance qu'il ne serait pas *compris*. Et on voit peu à peu ses élans se raréfier, son bras retomber, pesant, sa bouche se plisser d'amertume, son but se rapprocher insensiblement de celui des temps inhospitaliers qu'il avait cru, autrefois, conquérir.

Car, l'*ambition* de ces êtres d'élite n'est pas de hûmer goulûment l'odeur des *louanges*, de palper le *pouvoir*, de saisir l'*envie* dans les yeux impatients de ceux qu'on écrase à force de puissance, de recevoir l'honneur absorbant de l'intimité des grands du siècle. Portalis connut tout cela, sans l'avoir demandé. En 1782 (à 36 ans, il était en pleine renommée) il écrivait de Paris à sa femme : « Que te dirai-je de ma vie à Paris ? J'y éprouve tout ce qui peut flatter l'amour-propre. Je suis supérieurement accueilli et fêté partout. On me nomme et je suis suffisamment recommandé... Tous viennent assister à notre lever. C'est la plus belle chose possible. Mais je suis trop remarqué, et c'est un inconvénient... Depuis 11 heures du matin jusqu'à onze heures du soir nous sommes dans la société, et c'est fatigant. Il faut toujours être acteur¹ ». Il insistait sur l'inconvénient de « faire sensation » : « C'est presque un aussi grand malheur d'être trop accueilli, que de ne l'être pas du tout² ». Il accepta cependant toutes

(1) Lettre du 31 Août 1782. Il n'avait encore que huit jours de séjour !

(2) Lettre du 21 Septembre 1782.

les marques extérieures que le succès prodiguait à son talent, parce que *cela* pouvait l'aider à atteindre son *véritable* but : Faire les hommes plus heureux en les rendant meilleurs. Mais jamais il ne s'en contenta, percevant la déviation qu'un excès d'honneurs propose à l'idéal, en amolissant celui qui devait l'accomplir.

On comprend la souffrance de cet homme qui vieillissait, gardant au fond du cœur tant de paroles utiles qu'il ne pouvait faire retentir. L'*orateur* qui est réduit au silence souffre plus que les autres, car il pense qu'il *aurait eu* le magique pouvoir de se faire accueillir et adopter. Portalis voulait parler à la France. Il ne put souvent être entendu que de cercles éphémères, composés d'hommes pénétrés d'une clarté commune, mais muselés par le même tourbillon extérieur. Ses brochures politiques, qui firent quelque bruit, n'atteignaient pas le grand public. Il lui fallait une assemblée officielle pour la galvaniser de son éloquence.

Durant deux années, il crut avoir le pays pour auditoire. Il lui dit : « Il n'est aucun bien qui ne soit possible avec des hommes libres, et surtout avec une nation grande, généreuse, enjouée, qui sait faire sérieusement les choses frivoles, et gaîment les choses sérieuses; qui peut être égarée, mais qui, par la force de son caractère, et par la nature même de ses défauts, peut subitement au milieu des vices et de la corruption s'élancer à tout ce qu'il y a de beau, d'utile, et de magnanime. — Environnons la liberté que nous avons conquise de tout ce qui peut l'empêcher de dégénérer en licence; consacrons solennellement l'alliance sacrée du commerce et de la probité, appelons tous les étrangers dans nos vastes cités par la sagesse de nos institutions, comme ils y sont invités par la fertilité de notre sol et la douceur de notre climat; faisons aimer la République par la bonté de nos lois, comme nous avons su la faire respecter par l'éclat de nos victoires. Pour être heureux, nous n'avons qu'à consentir à l'être. Sachons profiter de nos malheurs, réparer nos fautes passées, et il n'est plus au pouvoir de la fortune de mettre obstacle aux grandes destinées de la France¹ ».

Ses appels à la bonne volonté pour *reconstruire* en commun dans la paix, la concorde et surtout la confiance, remplirent toujours d'enthousiasme les membres sincères, même hommes de partis, et l'unanimité de l'Assemblée suivit plusieurs fois la parole de Portalis. Ce qu'il y avait de meilleur en eux s'élevait jusqu'à comprendre profondément celui qui les entraînait de toute sa conviction. Mais l'action de rénovation était bien lente, et la position conciliatrice difficile à tenir sans compromissions apparentes. Les gens étaient *embrigadés* autour de quelque *idée* de combat, dédaigneux des politiques qui prétendaient unir les partis par l'amour des hommes. Portalis leur répondait : « Les ennemis de

(1) Conclusion du discours de PORTALIS au Conseil des Anciens, séance du 24 Ventôse an V.

la France sont ceux qui prennent les besoins de leurs petites âmes pour l'intérêt de la République¹ », et il flétrissait les « clubs »... Ce furent les *factions* qui broyèrent entre elles son espoir. Celle qui réussit le déporta avec les membres du parti adverse qu'il avait lui-même critiqués.

Alors, il comprit la vanité des efforts politiques du sage². Il se retrempa dans la méditation, le recueillement qui lui convenait si bien, la conversation tranquille de salon où il communiquait sa pensée plus efficacement que devant une assemblée plus nombreuse, mais partielle. Il avait changé d'esprit quand il se présenta devant le héros qui le libérerait. Il n'espérait plus modifier les hommes, car l'échec lui avait fait perdre la confiance dans sa propre force pour agir sur eux. Il ne s'en remettait plus qu'à Dieu seul du soin de les éclairer. Mais il vit qu'il allait pouvoir faire passer des bribes de son idéal dans leurs constructions éphémères. Le Concordat soulagea la France d'un terrible mal en éteignant les haines religieuses. Le Code civil sanctionna l'ordre politique, en effectuant l'unité des lois françaises. Mais la collaboration de Portalis, qui paraît être son titre de gloire, à ces ouvrages du Consulat, ne correspond qu'à la déception d'un précurseur, qui se vit *emmoulé* dans l'époque qu'il pensait *entraîner*. Il fit dignement son ouvrage, qu'il considéra humblement comme un honneur. Il n'abdiqua qu'une partie de ses rêves, en tendant à cristalliser, par l'intermédiaire des lois civiles, des aspirations concernant l'âme humaine.

IV

Voici le portrait que fait de notre auteur le magistrat Boullée : « Il avait une taille élevée et bien prise. Sa physionomie sérieuse et fine, qu'éclairait un demi sourire, réfléchissait avec fidélité les nuances et les impressions de son âme. Le fond de son caractère était une bonhomie pleine de grâce et mêlée de ces vives saillies, familières au climat qui l'avait vu naître, et dont l'enjouement répandait un piquant intérêt sur sa conversation naturellement grave et substantielle. Rien ne surpassait, dit-on, le charme de son élocution pleine et abondante ». Son contemporain d'Arbaud Jouques nous dit de même : « Tous se disputaient sa douce gaieté, sa conversation pleine de candeur et de grâce, ses manières simples et cette naïveté de son âme qui s'alliait si bien avec la force de son génie et semblait en augmenter l'éclat par un contraste piquant... En contemplant ce front vénérable où siégeaient la candeur et la sérénité, en observant ces yeux sans regard dont la cécité

(1) *Discours de PORTALIS au Conseil des Anciens sur les sociétés particulières s'occupant de discussions politiques*, Séance du 7 Thermidor, an V.

(2) Voir le fragment de sa lettre à LAFAYETTE cité p. 41.

même semblait ajouter à la profondeur de la méditation et donner à ces grandes pensées une teinte mystérieuse, l'émotion et l'admiration firent souvent tomber la plume de mes mains et me rendirent immobile ».

Telle est en effet la figure que ses beaux sentiments devaient lui modeler, tel est l'accueil que sa délicate spontanéité devait lui réserver. « Beaucoup l'aiment, tous l'estiment, personne ne le hait », dit-on dans les assemblées où il figura. Et le pasteur Blessig le glorifia en ces termes : « L'exemple encourageant de sa constante probité a renforcé bien des mains défaillantes; ses discours, auxquels ses actes imprimaient une force si puissante, ont empêché des milliers d'hommes de céder à la corruption du temps. Ah ! qu'il est rare de rencontrer des hommes dont on puisse faire un éloge complet en le peignant sous toutes les faces¹ ». C'est ainsi que son esprit « fut au-dessus des atteintes de ses organes¹ », que « son âme ne connut jamais la vieillesse¹ » car il avait un cœur « formé pour le bonheur de tout ce qui l'approche² ».

Essayons, en conclusion, de faire apparaître le fond de sa nature, ses *ressorts* véritables, qui nous permettront seulement de nous faire une opinion réelle sur l'homme. « Pour juger l'homme public, il faut le voir hors la scène, loin des regards, il faut le surprendre avec lui-même. » (Portalis). On parle facilement de la gaieté de Portalis, de sa sérénité et de sa bienveillance, et nous l'avons nous-mêmes présenté sous cet aspect. Mais à notre avis, il ne s'agit là que d'un *comportement*, dont il faut pénétrer les racines.

Portalis sut toujours égayer ses compagnons d'infortune par l'humeur joyeuse qu'il tenait de sa mère, les apaiser par les marques d'une tranquille confiance, les ranimer par la flamme de sa foi. Mais que cette mine souriante est donc superficielle ! C'est l'attitude d'un homme sensible qui cherche à reconforter ceux dont il partage la peine, de l'homme courageux qui efface ses regrets et ses déceptions, qui étouffe ses propres plaintes, pour maintenir en haleine la masse au souffle court, pour éviter que s'éteigne la rare résistance des faibles. Mais une douleur sourdait en lui et suintait en gouttes qui enflaient au fur et à mesure que les événements se rangeaient contre ses principes. Car ses pas ne se scandaient guère au rythme de son temps. Son caractère, formé pour le bonheur, qu'il avait su reconnaître et apprécier, et qu'il aurait encore su recommencer, attendait une halte, une clémence. Celle-ci vint, c'est vrai, mais *trop tard*, quand l'isolement au milieu des étrangers, quand l'inaction au tumulte insolent des fers, l'avaient *usé*.

Le véritable bonheur pour Portalis, qu'il n'a guère goûté

(1) Discours de J. L. BLESSIG, déjà cité, traduit de l'allemand.

(2) Discours du pasteur GOEPP, prononcé à Strasbourg dans l'église française de la confession d'Augsbourg, le 20 Septembre 1807.

qu'avant la Révolution, c'était celui que les affections du cœur procurent, c'était celui du foyer. Portalis était lui-même affectueux, attentif aux moindres gestes, désireux de faire plaisir et de combler. Il sut se choisir une femme digne de l'amour qu'il lui porterait, une femme capable d'assurer la douce et accueillante quiétude d'une maison que les événements allaient bientôt meurtrir.

Marguerite Siméon était une femme droite et digne, très bonne, dévouée, affable et d'une compréhension parfaite. Le jeune Portalis nous fait de façon contrite un récit qui nous donne des preuves de la confiance que tous lui témoignaient d'instinct : « D'autre fois, je devenais jaloux de ma mère; je m'irritais de la voir obtenir la confiance de ses amis, les consoler de leurs chagrins dans de longs entretiens et je me figurais que ceux qui obtenaient ainsi une partie de ses affections nous dérobaient, à mon père et à moi, ce qui nous appartenait exclusivement. J'en voulais surtout à ce pauvre G... à cause de son assiduité, et certes, défiguré qu'il était par une blessure, qui avait éraillé un œil et sillonné le visage jusqu'à la bouche, ce n'était pas un Sicirbé (sic) bien attrayant pour une femme de l'âge et de la figure de ma mère. Il avait des peines domestiques : toujours larmoyant et gémissant, il les confiait à ma mère qui s'efforçait de le consoler. Tous les jours après le dîner, il venait la voir et passer une heure auprès d'elle : c'était une heure qu'elle aurait pu me donner... » A quel point devait elle alors recevoir les épanchements de son « tendre ami » d'un naturel si ouvert, qui lui faisait part de ses soucis et de ses inquiétudes et lui demandait conseil ¹ en ces termes : « Tu jugeras mieux que nous. Ton amitié et ta sagesse valent mieux que mes conseils » ². Il lui disait encore : « Je ne te parle pas de mes affaires. Quand il fera jour pour les plaider, ton amitié et ta prudence les conduiront » ³. Il lui donnait lui-même son avis avec cette déférence : « Voici les observations que je puis proposer sur ton projet, etc. Tu es sage. Je sou mets tout cela à tes calculs et à ta bonne tête » ⁴. Il régnait une entente idéale entre ces deux êtres que nous voyons également libres, qui étaient unis par la plus durable et complète affection.

Cette personne instruite ⁵, intelligente et large d'esprit était aussi pleine de volonté, de fermeté, de décision et de ressort dans les moments difficiles. Elle s'intéressait de très près aux travaux de son mari, qui lui récitait ses discours, et lui soumettait les brouillons de ses ouvrages. Quand celui-ci fut ministre, elle prit

(1) Il lui dit une fois : « Quand tu croiras que je dois écrire quelque lettre d'amitié à l'un et à l'autre, tu me le diras. C'est uniquement par discrétion, que je ne leur écris pas ».

(2) Lettre du 5 Décembre 1797.

(3) Lettre du 2 Février 1798.

(4) Lettre du 6 Octobre 1782.

(5) Dans chaque lettre qui a été conservée, son fils l'entretient de sa position philosophique, de questions littéraires et autres, et ses missives sont elles-mêmes de véritables dissertations, auxquelles sa mère répondait avec son jugement sain et ses connaissances profondes du cœur humain.

une part active à la tâche qu'il avait assumée sans toujours pouvoir y suffire; elle collabora discrètement (la correspondance de Portalis à son fils le laisse entendre) à la réorganisation générale des cultes, et était fréquemment présente dans les bureaux du Ministère. En même temps, elle était présidente de plusieurs sociétés charitables, qui lui tenaient à cœur. C'était une femme d'ordre et de responsabilité, qui savait par sa douce insistance, se faire obéir, et qui se tenait au courant de tout. C'est grâce à ses démarches que Portalis revint rapidement d'exil.

Elle avait un caractère vif et piquant, qui n'allait cependant pas jusqu'à l'enjouement, mais qui séduisait par ses réparties spirituelles. A Aix, pendant les heureuses années du ménage alimentées par les succès croissants de Portalis, elle recevait chez elle une agréable et sympathique « cotterie » surtout intellectuelle et artiste, dont on rappelait avec émotion le charme et l'amusement dans les veillées d'exil. Mais le Comte Portalis nous rapporte aussi la sévérité de sa mère qui « ne badinait pas sur le chapitre de la morale » et s'entendait à faire sortir les jeunes filles des diners où parlait trop crûment l'abbé Maury ! Elle était aussi d'une susceptibilité déprimante, était tourmentée, inquiète et, au fond assez triste, elle souffrait en silence. L'impressionnable Portalis devinait bien ses transes, pendant les hasards d'une fuite aventureuse et accumulait pour elle les paroles de consolation et d'espoir, qu'elle lui renvoyait d'ailleurs, sous une forme qui variait à peine, par le courrier suivant...

Elle était le centre de la petite famille dont l'intégrité et les ouvrages du père étaient les titres de gloire¹. Celui-ci durant son premier voyage écrivait à cette excellente femme : « Une de tes promenades m'intéresse plus que tout Paris. »². Et plus tard, son aîné renchérrissait : « Vous me recommandez d'avoir soin de Papa, de vous remplacer auprès de lui; cela n'est pas même au pouvoir de son fils. Venez donc le plus tôt que vous pourrez rejoindre deux orphelins qui ne *peuvent être heureux loin de vous* ! » On voit bien la vérité de cette assertion, en lisant la lettre de Portalis, de Zurich, du 10 novembre 1797 : « Sache que notre séparation m'accable et que j'aimerais mieux être en prison, à côté de toi, que libre loin de toi... Ici, ma bonne amie, on nous comble d'honnêtetés. Mais qu'est-ce que la considération et le respect auprès des douces affections de l'âme ? Une seule de tes lettres nous fait plus de bien que tous les hommages que l'on peut nous rendre... Adieu, je n'ai point reçu de tes lettres, mon cœur se serre, et je ne conserve de force que pour t'aimer »³.

Citons pour terminer le portrait de Mme Portalis un pas-

(1) « J'ai bien vu qu'une bonne réputation de probité et de talent dans le père est un grand patrimoine pour la famille ». Lettre de PORTALIS à sa femme du 15 Janvier 1800, à propos du projet de mariage de son fils.

(2) Lettre de Paris du 12 Septembre 1782.

(3) Lettre de Ch. PORTALIS de Paris de 21 Messidor an III.

sage de la jolie lettre qu'elle envoya à son fils aîné au moment de son mariage : « ...Jouissez longtemps de la seule et vraie douceur qu'il y ait dans le monde, celle d'être aimé de sa femme, de son amie, de sa maîtresse... N'oublie jamais que tu lui dois les égards et les soins les plus tendres. Sois toujours aimable avec elle, pour qu'elle soit toujours la même avec toi, et sois persuadé qu'une femme qui aime son mari, est toujours heureuse de lui plaire, mais que ce sentiment doit être réciproque » ¹.

Pour compléter le tableau de cette admirable famille, il nous faudrait pouvoir parler de « l'angélique comtesse » qui y joua un rôle tout de bonté et d'idéal, il serait nécessaire de transcrire les nombreuses recommandations et conseils de Portalis à son fils, ainsi que les innombrables démonstrations d'amour et de reconnaissance que celui-ci prodiguait à l'un et à l'autre de ses parents. Contentons-nous, à regret, de ne citer que ces deux modèles du genre, que le fils dédiait à son père : « Dieu... vous avait créé pour faire plus de bien, moi pour jouir d'un plus grand bonheur » ². « Vous êtes notre modèle à tous, et vous pouvez en servir à tous vos enfants de tous les siècles, puisque vous avez consacré l'exercice de tous vos devoirs par celui de toutes les vertus, et que vous réunissez, pour ainsi dire, au sein de la famille, tous les exemples en faisceau » ³.

Si nous jetons maintenant un coup d'œil anticipateur sur les écrits et discours de Portalis, que trouvons-nous, quelle est l'idée qu'il a développée avec le plus de constance, de conviction et de joie ? La thèse qui lui était la plus chère, il l'a défendue, presque sous la même forme, le plus souvent que cela lui fut possible, c'est-à-dire au moins une fois devant chaque assemblée où il se produisit. C'était comme une maxime qu'il avait coutume de reprendre dans ses conversations, et qu'il énonça publiquement, notamment : dans sa *Consultation sur le mariage des Protestants en France*, en 1770; au *Conseil des Anciens*, à deux reprises, d'abord dans un rapport du 9 Messidor an V, sur les émigrés, puis dans son rapport sur le divorce; devant le *Corps législatif* de l'an IX, dans son célèbre *Discours préliminaire du Code civil*.

Voici la teneur du passage de l'an V, qui est le moins connu : « Les gouvernements passent, parce qu'ils s'usent par les passions; la société fondamentale reste, parce qu'elle repose sur les affections honnêtes et impérissables du cœur humain. Quand quelque tempête politique nous disperse, ces affections naturelles nous rallient; elles sont le feu mystérieux que Prométhée fit descendre du Ciel, pour animer un monde nouveau. Ne désespérons jamais de former de bons citoyens tant que nous aurons l'espoir de rencontrer et de former de bons pères, de bons fils,

(1) Lettre du 30 Avril 1801.

(2) Lettre de Dresde, du 11 Février 1801.

(3) Lettre de Berlin, du 21 Janvier 1804.

de bons maris » ¹. Car (texte du Discours préliminaire) : « Les vertus privées peuvent seules garantir les vertus publiques...; ce sont les bons pères, les bons maris, les bons fils, qui font les bons citoyens. »

On saisit à quel point il aurait été intéressant de prendre le temps d'étudier de plus près encore la vie privée de notre grand homme, qui y puisa incontestablement la formule de plus d'une théorie. Pour donner par l'exemple de son auteur même, du poids à la devise familière que nous avons citée, terminons ce chapitre par l'expression contenue dans une lettre adressée à Mme Portalis, en 1782 : « Je suis toujours au milieu de vous autres. Je vous suis dans vos promenades, et, comme le chrétien de l'Evangile, mon cœur est toujours là où est mon vrai trésor » ².



(1) Rapport de PORTALIS sur le divorce du 27 Thermidor an V. Il est remarquable que les premières phases citées ont été écrites *avant l'exil* de l'orateur.

(2) Lettre de Paris du 17 Septembre 1782.

CHAPITRE TROISIEME

SON ŒUVRE

« Il faut tout entendre dans les choses pour en juger sainement, l'usage comme l'abus, l'esprit comme la lettre ».

DAMIRON.

I

Les premiers essais de Portalis parurent dès sa sortie de collège : *Les observations sur un ouvrage, intitulé l'Emile ou de l'Education*¹ présentaient l'indignation d'un jeune homme pieux contre « l'immoralité » des ouvrages philosophiques de son siècle et, en général, une défense de la religion contre les athées et contre les fanatiques. Le « système » de Rousseau n'étant « que l'irreligion réduite en règle et en principes » est réfuté tant bien que mal, après avoir été quelque peu déformé, à l'aide d'arguments scholastiques, d'une dialectique serrée et d'une invocation à Malebranche, qui se ressent de très près de la formation précise que Portalis avait reçue au collège. Après quoi le novice auteur laisse percer son ambition, dans cette phrase : « Que Monsieur Rousseau daigne jeter les yeux sur cette réponse, et peser ces raisons. Je suis trop certain de la solidité de son jugement pour ne pas bien augurer de l'effet qu'elles doivent produire. »

L'opuscule *Des Préjugés*², paru l'année suivante, est par la forme, et relativement à l'âge de l'auteur qui avait dix-huit ans, un petit chef-d'œuvre, qui verse au public avec aisance et adresse, parfois avec esprit, ce qui sera le « style de Portalis. » On trouve encore dans cet ouvrage, et presque seules, les inévitables références à Malebranche, ainsi que le souhait « que l'on rendit sensibles par la géométrie les sciences les plus abstraites » dont les « conséquences, fixées par des objets sensibles, seraient plus intelligibles. » Mais il y a aussi une sorte de prédisposition avancée à la défense des héros, qui fera bien son chemin. Quant au fond, l'idée est intéressante, et la révolte de l'auteur contre l'empire de

(1) Avignon, chez Louis CHAMBEAU 1763. Le seul exemplaire qui ait été conservé se trouve à la bibliothèque Méjanès d'Aix en Provence.

(2) On ne trouve également ce petit ouvrage qu'à la bibliothèque Méjanès d'Aix en Provence.

certaines préventions communes et mesquines séduit le lecteur qui se sent deviné. Au reste, l'auteur profite de l'indépendance de sa position pour jeter courageusement çà et là quelques allusions piquantes que son bon cœur lui dicte, dont la vérité frappe encore péniblement les consciences du XX^e siècle.

A vingt-quatre ans, Portalis fit paraître un ouvrage notable, une *Consultation sur la validité du mariage des protestants en France*³, rédigé en 1770, en collaboration avec son ami Pazery, à la demande du Duc de Choiseul, qui avait l'intention d'établir la tolérance civile dans la nouvelle ville de Versoix. La question, bien embrouillée depuis Louis XIV par des lois sans cohésion et des usages contradictoires, est exposée dans toute sa complexité avec un équilibre méritoire et une logique lumineuse. L'ironie contenue qui fera partie de l'art oratoire de Portalis s'insinue déjà à chaque page, mêlée à l'étonnement navré de l'honnête homme devant les injustices et les crimes barbares commis envers une partie de la population française. L'auteur y expose avec force, pour la première fois, une théorie du mariage valable indépendamment de toute consécration religieuse, qu'il reprendra avec succès dans ses discours pour le Code Civil. C'est un morceau à lire, parce qu'il est encore d'un intérêt suivi et d'une grande instruction. L'ouvrage eut d'ailleurs à l'époque un succès éclatant, et c'est par lui que la renommée de son auteur s'installa à Paris.

En effet, il eut plusieurs éditions et fut successivement publié à Paris, à la Haye et à Genève. On le cite dans *la France littéraire* de Ersch. Linguet parle de cette consultation, dans son mémoire pour Mme de Bombelles, et dit que cet écrit est plein d'éloquence et de solidité. Voltaire, auquel l'ouvrage fut communiqué par le célèbre Mouton de Genève, en porta un jugement plus flatteur encore : « Ce n'est point là une consultation, dit-il, c'est un véritable traité de philosophie, de législation et de morale politique. » Il l'enrichit de notes marginales de sa main. En tout cas, s'ajoutant au plaidoyer de Servan, cette consultation exerça la plus grande influence sur la jurisprudence qui s'établit à cette époque, qui eut pour résultat l'Édit de 1787.

Dans la *Lettre des avocats du Parlement de Provence à Monseigneur le Garde des Sceaux*, que signèrent tous ses confrères, ainsi que les avocats de Marseille et de Toulon, Portalis se dresse en champion de la Provence, contre les atteintes portées à sa constitution par les Edits de 1788. Il rappelle l'histoire des libertés provençales, en même temps qu'il essaye de justifier l'organisation judiciaire qu'elles consacraient. Il proclame avec fierté les droits de la traditionnelle magistrature dont l'indépendance par rapport au pouvoir central et les prétentions politiques lui paraissent justifiées et indispensables. « Les grands Magistrats, dit-il emphatiquement, ne peuvent se former que dans les grandes compagnies.

(1) Inséré dans *Discours rapports et travaux inédits sur le Code civil*.

C'est là où la vertu soutenue par la vertu; où le talent électrisé par le talent; où les actions, encouragées par les exemples; où l'âme de chaque Magistrat, découvrant une vaste et glorieuse carrière à parcourir, reçoit et communique l'énergie, et ramasse toutes ses forces, pour devenir supérieure aux circonstances et à elle-même. — Rien de noble ne pourrait germer dans une Magistrature mutilée, dont les vues aussi rétrécies que le territoire, ne pourraient jamais s'élever à l'utile et au grand. » ¹ Dans l'*Examen impartial des nouveaux Edits*, que nous n'avons pu retrouver, Portalis approfondissait, en son nom personnel, le problème qu'il avait énoncé dans la *Lettre* précédente.

Dans le *Mémoire sur le projet de rétablir les anciens Etats de Provence* ², Portalis expose avec une science consommée et une clarté juridique l'origine et l'histoire de l'administration provençale existante, qu'il explique et défend contre les attaques des nobles qui voulaient retourner à des formes périmées. La vieille querelle financière entre les trois ordres étant portée directement sur le terrain politique, Portalis s'efforce de remettre en mémoire les bienfaits de la sage administration des assemblées de communautés, c'est-à-dire du Tiers-Etat, dans les temps héroïques de la Constitution provençale : « La noblesse pourrait-elle donc méconnaître les engagements sacrés que le Tiers-Etat a contractés dans les temps dont nous parlons pour l'avantage de tous les ordres ? Elle devrait se croire liée par la loi seule de la reconnaissance, si elle ne l'était déjà par la loi plus impérieuse de la justice et de l'équité » ³. Il demande en conclusion, qu'au cas de convocation des Etats de Provence, « le Tiers Etat, cette portion des citoyens si nombreuse, si intéressante, si digne de la protection de Sa Majesté, reçoive au moins par le nombre des voix une compensation de l'influence que donnent nécessairement le pouvoir, les dignités et la naissance » ⁴. L'ensemble du travail fait apprécier les connaissances et l'habileté politique de notre auteur.

II

Passons aux *principaux discours et rapports de Portalis au Conseil des Anciens* ⁵. Sa première intervention répondit au point de savoir par qui seraient nommées les autorités municipales et judiciaires dans les départements où les assemblées électorales qui

(1) La brochure se trouve à la Bibliothèque Nationale, p. 26.

(2) L'ouvrage est introuvable ce qui est dommage car bien qu'assez volumineux il se lit d'une traite grâce à sa limpide exposition. Nous avons consulté le manuscrit conservé par la famille.

(3) p. 157.

(4) p. 178.

(5) Nous les avons consultés pour la plupart aux *Archives nationales*, Carton A. D. XVIII A. 56, qui donne le texte in-extenso. Les interventions qui y manquent ont paru dans le *Moniteur*.

devaient désigner ces fonctionnaires n'avaient pu terminer leurs opérations dans les délais légaux. Le Conseil des Cinq-Cents, après une longue discussion, ayant attribué ce pouvoir au Directoire, Portalis révéla les dangers d'une telle nomination par le pouvoir exécutif, alors que l'indépendance des juges n'était même pas sauvegardée par l'inamovibilité. Il expose ainsi ses principes : « Vous ne devez point, comme l'ancien gouvernement, établir des commissaires, mais des juges... Il faut que l'ordre judiciaire soit intact; il faut qu'il garde son indépendance dans l'Etat, comme la conscience la conserve dans le cœur de l'homme; s'il en était autrement, les tribunaux ne seraient plus que les instruments des passions et des volontés de ceux qui les auraient créés. » Dupont de Nemours, Lanjuinais et Tronchet vinrent appuyer l'opinion de Portalis, qui fut cependant rejetée par le Conseil ¹.

Lors de la discussion d'une question analogue, le 21 frimaire, Portalis, qu'un échec ne pouvait décourager, revint définir le rôle de la magistrature : « Qu'est-ce que le pouvoir judiciaire ? Un ministère, un sacerdoce. Ceux qui remplissent cet auguste ministère ne sont comptables qu'à ceux qui jugent les justices... Un juge doit être libre comme la pensée, réglé comme la conscience, et incorruptible comme la vertu; il est la vive voix de la loi; il ne doit voir qu'elle au-dessus de lui »; et prévenir vaillamment les députés : « Si vous donnez des pouvoirs que la Constitution ne donne pas, disait-il, il vous sera impossible d'en prévenir l'abus. Quand vous voudrez rétracter votre propre ouvrage, vous ne pourrez plus vous aider de la loi que vous aurez méconnue et enfreinte; on vous opposera vous-même à vous-même. La Constitution qui n'aura pas prévu vos opérations arbitraires, ne pourra vous défendre contre vous-même. » Mais l'avis du péril resta encore inutile et la Constitution fut violée par les Conseils ².

L'intervention suivante concerne l'office conciliatoire qu'une résolution du Conseil des Cinq-Cents voulait attribuer aux juges de paix remplaçant les anciens bureaux de conciliation. Portalis approuve le principe, mais critique le système projeté, qui subordonnait la compétence en matière de conciliation à la distinction des actions réelles et personnelles. Tronchet appuya Portalis ³, qui fit partie de la commission nommée pour étudier le projet, dont il devint ensuite rapporteur : « Rien n'a été plus contentieux, expose-t-il, que ces questions dans l'ancienne jurisprudence; et quand les chicaniers s'en emparaient, c'était pour eux une source intarissable de procès. Des matières réelles et personnelles ils faisaient naître des actions mixtes, c'est-à-dire qui tenaient de l'une et de l'autre; ensuite on se disputait pour savoir si elles tenaient plus de la personnalité que de la réalité, de la réalité que de la persona-

(1) Séance du 24 Brumaire, au *Moniteur* du 28 Brumaire.

(2) *Moniteur* du 28 Frimaire.

(3) Voir le *Moniteur* du 4 Nivôse an IV.

lité. Rien n'étant plus difficile à saisir que ces différentes nuances... une partie aura besoin d'un conseil pour la déterminer sur les caractères de son action. Il faudra salarier ce conseil... La distinction des actions réelles et personnelles n'est donc qu'un embarras et qu'un danger ». En conséquence, Portalis propose pour règle unique en matière de conciliation, le domicile du défendeur : « Cette règle est peu susceptible de contention. Elle dépend d'un fait que chaque partie peut apprécier. Elle est moins onéreuse au défendeur pauvre qui n'est point exposé à des déplacements. » Il profite de l'occasion pour exprimer un vœu : « Il serait bon que les citations en conciliation fussent exemptes de tout droit de timbre et d'enregistrement; il ne faut pas qu'un établissement de bienfaisance soit altéré par des idées de bursalité » ¹.

Le Directoire avait besoin d'argent. Après avoir saisi successivement, pour les engloutir dans la guerre, tous les biens encore disponibles, il ne lui restait plus qu'une ressource : s'emparer des *biens des parents d'émigrés*. Il retrouva à cet effet une mesure ² par laquelle la Convention, tenant pour morts, de leur vivant, les parents des émigrés, déclarait leur succession ouverte et prélevait sur leurs biens et sur ceux des autres ascendants d'émigrés la portion dont leurs enfants ou petits-enfants auraient hérité. La Convention, n'ayant, en réalité, nul besoin de cette loi qui ne lui attribuait qu'en partie les successions que la guillotine lui livrait entières, en avait suspendu l'exécution. Le Directoire, proposant donc de rapporter ce décret de suspension, fut approuvé par le Conseil des Cinq-Cents ! Il était temps que Portalis jouât son rôle.

Indépendamment de toute indignation morale, il ne manquait pas d'arguments *juridiques* contre un système qui constituait l'Etat héritier de citoyens vivants, qui violait l'interdiction des pactes sur successions futures, qui faisait rejaillir sur plusieurs la faute d'une personne majeure. Les parents complices avaient-ils *encouragé* leurs enfants au crime d'émigration ? : « L'idée d'une complicité présumée est intolérable », répond Portalis. Après examen des conséquences de cette loi inique, il termine sur un appel à la concorde : « La France, en guerre avec l'Europe, accablée du poids de l'univers, a triomphé au dehors par le courage; elle vaincra ses ennemis intérieurs par la justice. La justice est la vertu des empires, elle fonde même leur puissance... Hâtons-nous de mettre un terme aux soupçons, aux inquiétudes, aux violences. Rentrons le plus tôt possible dans ce train ordinaire du gouvernement, où la puissance publique protège tout et ne s'arme contre personne. — Que la France ne soit plus qu'une douce société de frères, enfants de la même patrie, liés par les mêmes sentiments, unis par les mêmes maximes, tous heureux du bonheur de tous.

(1) Intervention du 28 Frimaire An IV au *Moniteur* du 4 Nivôse. Rapport du 4 Nivôse au *Moniteur* du 10 Nivôse.

(2) Du 9 Floréal an IV.

Si cet espoir, qui soutient et console mon âme, pouvait n'être qu'une illusion, la félicité intérieure qu'il me fait goûter serait encore pour moi un bonheur véritable. » Tous les amis politiques de Portalis tinrent après lui à défilé à la Tribune, et pendant trois jours, ils se liguerent pour le triomphe de la justice. Cette fois, le succès couronna la parole de Portalis, et la résolution fut rejetée par 101 voix contre 87¹.

Insistons sur le rapport suivant, qui est encore un de ceux qui mettent en relief le courage de notre auteur et qui expriment le mieux sa position politique. Le Conseil des Cinq-Cents présentait une résolution qui autorisait le Directoire exécutif à statuer sur les demandes en radiation de la liste des émigrés, et plaçait ces demandes dans les attributions du ministère de la police. Portalis se demandant d'abord de quelle *nature* est la fonction de rayer définitivement un citoyen de la liste des émigrés, établit qu'il s'agit d'une fonction *judiciaire*. D'ailleurs, même dans les accusations politiques, indépendamment des faits de précaution contre les crimes ou des mesures à prendre pour prévenir les effets d'un complot, qui sont dans les attributions du gouvernement, « l'instruction proprement dite, l'absolution ou la condamnation n'appartiennent jamais qu'à la justice... Il est temps que l'on s'occupe de la sûreté des accusés; car on leur doit quelque chose, puisque ce sont des citoyens et des hommes. »

Il étudie de près, en deuxième lieu, la législation concernant les émigrés, et distingue : 1° *l'inscription sur la liste*, sorte de « témoignage déclaratif d'absence » ; 2° la *séquestration* ou régie provisoire des biens, acte administratif, purement *conservatoire* des droits de la République. Ces deux actes ne préjugent rien par eux-mêmes, tandis que « tout change si un citoyen inscrit sur la liste demande sa radiation » : il s'établit alors un vrai litige, une affaire contentieuse, qui exige une instruction contradictoire et un jugement; la radiation est donc une fonction judiciaire.

Ensuite, il invoque la Constitution : « Qui a créé le Directoire exécutif ? La constitution; donc le Directoire exécutif doit se borner aux fonctions que la constitution lui confie... Celui qui poursuit les jugements, qui est chargé d'en surveiller la régularité et d'en assurer l'exécution ne peut être celui qui les prononce... On soutient que les émigrés sont hors la constitution. Mais doit-on ranger dans la classe des émigrés, ceux qui sont simplement prévenus d'émigration ? La peine peut-elle précéder le jugement ? »

Il prononce alors la tirade mémorable que, vraisemblablement, on ne devait jamais lui pardonner : « D'ailleurs, quand on parle des prévenus d'émigration, l'attention ne doit pas se fixer uniquement sur ces hommes qui ont lâchement abandonné leur Patrie, ou qui ont armé leurs bras parricides contre elle, et qu'une juste

(1) *Moniteur* du 9 Pluviose.

indignation poursuit. Il faut savoir aussi jeter les yeux sur cette classe innombrable de malheureux qui ne sont jamais sortis du sol de la République, qui ont été chassés de leur domicile par l'anarchie, le pillage et le meurtre et qui ont été inscrits sur la liste des émigrés, comme on l'est sur une liste de proscription. — Jusqu'à la loi du 25 brumaire an III, il ne suffisait pas de n'avoir jamais quitté son domicile ordinaire, pour échapper au danger d'être inscrit sur une liste d'absents. Il eût fallu pouvoir demeurer et vivre en même temps dans tous les lieux où l'on possédait quelque propriété. Chaque commune grossissait la liste des émigrés des noms de tous les propriétaires qui n'avaient jamais habité son territoire, et qui avaient leur domicile ailleurs. Le même homme était affiché, poursuivi comme émigré dans une contrée, et exerçait des fonctions publiques dans une autre. »

L'assemblée était trop prévenue et passionnée pour accepter de telles remarques. Au langage *juridique* de Portalis, Legendre de Paris répondit par les images grandiloquentes de l'époque : « J'honore le talent du rapporteur, mais je pense que la hache de la raison pourra détruire en un instant cette foule de sophismes qu'il nous a exposés. Je dirais à l'homme qui prétendrait ne pas pouvoir lui répondre, parce qu'il n'aurait point un esprit aussi féconde en connaissances : la franchise républicaine doit te suffire, ou bien tu n'es qu'un misérable trainard politique, un éclopé en révolution, qui ne marchera jamais qu'à tâtons dans les sentiers de la liberté ». Un autre député s'écria qu'on venait de débiter à la tribune nationale des maximes contre-révolutionnaires. Un troisième conjura le Conseil de « ne pas se laisser leurrer par les écrivains qui prononcent sans cesse les mots de justice et d'humanité et ne parlent jamais de la République. »

Le efforts de Portalis furent vains, et la résolution fut votée. Bien mieux, l'assemblée prit ses précautions pour éviter les « difficultés » occasionnées par le rapport, en interdisant désormais aux orateurs de « lire » à la tribune des discours qui n'auraient pas été préalablement « écrits », ce qui visait manifestement Portalis, presque aveugle, à qui une mémoire infailible permettait de *lire* des discours non écrits...¹

Nous ne ferons que citer son rapport du 19 thermidor sur la *haute cour de justice*, et ne mentionnerons que pour mémoire son discours célèbre et extrêmement émouvant du 9 fructidor sur les *prêtres non assermentés*, dont nous avons eu et aurons encore l'occasion de parler. Dans son rapport sur le *Canal du Midi*, du 6 vendémiaire an V, il présente, pour ainsi dire, un cours de droit sur les *biens*, très bien fait ma foi, à propos des réclamations des successeurs de Riquet, que la nation spoliait de leurs droits de propriétaires du Canal du Midi. On y trouve au surplus

(1) Voir le discours du 28 Pluviose an IV et ses conséquences, au *Moniteur* des 4 et 5 ventôse.

ces judicieuses observations : « Nous voyons par l'histoire, que quand la Monarchie succède à la République, on doit se tenir en garde contre la tyrannie, parce que le prince remplace le peuple qui n'avait pas pensé à limiter son propre pouvoir. — Quand la République succède à la Monarchie, on doit se tenir en garde contre la fiscalité, parce qu'un faux intérêt public peut faire adopter avec trop de facilité les laborieuses et accablantes combinaisons imaginées par l'avidité et la corruption des anciens courtisans. »

Parlons rapidement de son discours des 10 et 11 frimaire an V, contre une résolution du Conseil des Cinq-Cents, qui confirmait en l'étendant l'incapacité politique prononcée contre les parents d'émigrés par la Convention, le 3 brumaire an III. La discussion y est si docte et si serrée, que nous ne pouvons guère en extraire que quelques formules éparses : « Le droit de faire grâce présente l'idée de la justice tempérée par la clémence. L'amnistie offre le spectacle de la force ou de la puissance désarmée par la générosité. » « Les infractions de l'acte constitutionnel ne peuvent pas plus abroger la constitution que les délits ne peuvent abroger la morale ». Enfin ce passage qui a vivement frappé Sainte-Beuve : « On ne peut pas faire des amnistiés quand on veut : mais avec la facilité que l'on a d'inscrire qui l'on veut sur des listes, on peut à chaque instant faire de nouvelles émissions d'émigrés. » Le Conseil des Anciens approuva quand même la résolution, et sanctionna encore une de ces illégalités qu'il devait expier au 18 brumaire.

Le discours du 24 ventôse an V, sur la *contrainte par corps*, est une véritable *défense*, répondant méthodiquement à chacun des arguments qu'on présentait contre cette institution. Portalis, qui partageait à ce sujet l'opinion constante et presque unanime de la magistrature de son époque, contribua plus qu'aucun autre à faire rétablir la contrainte par corps en matière commerciale, que la Convention avait supprimée. Portalis, qui eut comme principal adversaire l'économiste militant Dupont de Nemours, montra en cette occasion, par ses démonstrations éblouissantes, mais par trop dogmatiques et exclusivement *logiques*, d'une part son éloignement du milieu comme de l'état d'esprit commercial, d'autre part la situation précaire des études sur cette question, dont la solution moderne n'était ni encore mûre, ni même opportune. L'opinion de Portalis est néanmoins intéressante à examiner, même à une époque qui a définitivement, semble-t-il, jugé contre lui.

Un message du Directoire avait demandé que les membres des assemblées électorales soient obligés de prononcer un *serment de haine à la royauté et à l'anarchie, d'attachement et de fidélité à la République et à la Constitution de l'An III*. Le Conseil des Cinq-Cents, qui en adoucît quelque peu le texte, acceptait le *principe* de la déclaration, considérant, disait-il, qu'on ne

voulait par là que « donner aux électeurs une occasion de manifester leurs sentiments républicains ». Dans son discours du 29 ventôse an V, Portalis s'élève de toute sa force contre cette « police inquiète » qui « suppose partout des ennemis et des citoyens nulle part ». Il note avec un étonnement douloureux : « Faudra-t-il donc que chaque devoir civique devienne l'objet d'un serment ou d'une promesse expresse ou individuelle ? » et il s'écrie : « Représentants du peuple ! Je ne sais si c'est le cœur ou l'esprit qui m'inspire, mais je sais bien que je suis d'une trempe et d'un caractère à m'indigner contre toute précaution qui calomnierait mes sentiments et mon zèle; votre garantie est dans ma probité, et non dans de vaines formules de déclaration ou de serment ».

Transcrivons quelques-unes de ses paroles élevées qui traduisent tout son caractère : « Les serments, les promesses ne sont bonnes que lorsqu'inspirées par un saint enthousiasme, elles ne sont que le mouvement indélébile, ou l'expression subite et spontanée du cœur. Un grand événement éclate, un grand danger se fait sentir. L'âme du vrai citoyen, pressée par tout ce qu'elle voit et par tout ce qui l'entoure, cherche à s'épancher et à se répandre; elle reçoit et communique rapidement une commotion qui devient bientôt universelle et qui vivifie tout l'Etat. — Mais les serments, mais les promesses, commandées par la méfiance, contristent le zèle, découragent la faiblesse, et réveillent les factions... Dans l'ordre politique, voulez-vous que les citoyens aiment la patrie ? Qu'ils en soient aimés. Ils seront fidèles, s'ils sont heureux. C'est par notre intérêt bien entendu que nous tenons aux lois qui nous régissent : car les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois... N'oubliez pas, Représentants du peuple, que les lois de méfiance révoltent et n'éclairent pas; qu'elles sont un germe éternel de discussions et de discorde, et qu'elles finissent par étouffer tous les principes d'élévation, de grandeur et de vertu. »

La Constitution de l'an III sanctionnait la *liberté de penser et d'écrire*. Mais à cette époque, où la presse était un agent infatigable de dissolution, et par certains côtés un fléau public, il fallait *organiser* sévèrement cette liberté. Daunou avait proposé au Conseil des Cinq-Cents trois projets de loi, dont le dernier, visant l'interdiction d'annoncer dans les rues les journaux autrement que par les titres, fut seul adopté. Siméon reprit l'œuvre inachevée, et établit une résolution que le Conseil des Cinq-Cents adopta. Le Conseil des Anciens, hostile à ce projet, nomma une commission dont Portalis fit partie. Rapporteur, il fut chargé de critiquer devant le Conseil des Anciens l'œuvre de son beau-frère. Dans son rapport du 26 Germinal, il s'oppose vigoureusement à la *censure* préalable, arbitraire, comme à la liberté illimitée, incompatible, dit-il, avec l'état social. Il préfère les peines pécuniaires à l'emprisonnement, et réclame, au lieu d'une loi spé-

ciale sur la presse, une loi générale contre les injures aux personnes, aux lois et aux bonnes mœurs, résultant de toutes les manifestations publiques de la pensée.

En ce qui concerne les *émigrés*, Portalis revint à la charge, le 9 Messidor an V, pour faire rapporter la loi, qu'il avait vainement tenté d'arrêter, du 14 Frimaire an V, par laquelle on remettait en vigueur les décrets de la Convention excluant des fonctions publiques une multitude de citoyens. C'est avec une grande habileté qu'il présente son sujet. Il montre d'abord « qu'il est important qu'il y ait une stabilité dans la législation » : « Toute société doit tendre à être régie par les meilleures lois possibles. Mais il n'est pas, pour cela, nécessaire que l'on fasse tous les jours des lois nouvelles, ou que l'on change perpétuellement celles que l'on a faites... Une correction faite à propos, annonce l'attention particulière du législateur. La fréquence des changements annonce son ignorance ou son incertitude. — La force des tyrans vient de ce qu'on les craint; la force des lois vient de ce qu'on les respecte. Or, quel respect inspirera-t-on pour les lois que l'on fait, si on en montre soi-même si peu pour celles qui sont déjà faites ? ».

Puis il admet que certaines lois sont plus susceptibles que d'autres de variations. En premier lieu, « les objets de police, la conduite de certaines affaires, sont la matière de cette législation essentiellement provisoire, qui consiste plus en règlements qu'en lois proprement dites ». En second lieu, dans l'état actuel de la France — et là est la diplomatie de l'argumentation — « nous avons une autre espèce de lois qui ont été amenées par les événements, et dont la révocation est dans le cœur de tous les bons français » : ce sont celles qu'on appelle *révolutionnaires*, parmi lesquelles figurent naturellement le décret et la loi visée.

Pendant la *conquête*, explique-t-il, les passions s'agitent, les institutions se succèdent. Mais bientôt « la lassitude, le besoin de l'ordre finissent par rapprocher les citoyens. La constitution dans laquelle on se repose, devient un véritable traité de paix. L'esprit de conservation et d'amélioration doit alors remplacer l'esprit de conquête. D'autres principes doivent diriger le législateur. Après le triomphe, après la victoire, il n'y a plus à attaquer ou à se défendre, il n'y a plus d'ennemis à combattre; il ne faut plus voir que des citoyens et des hommes. — Dans cette heureuse position, le premier soin du Corps législatif doit être de revoir et d'abroger les lois qui sont incompatibles avec la Constitution acceptée par le peuple, et surtout celles qui pourraient avoir été prises et publiées depuis le régime constitutionnel; car il n'y a pas de volonté qui puisse prévaloir sur celle du souverain ». Marchons avec courage car « l'instant qui suit une révolution est favorable aux grandes choses ». Cet appel à la conciliation fut, cette fois, entendu, et l'*unanimité* du Conseil des Anciens soutint le rapport de Portalis.

Le 7 Thermidor an V, il parla sur les *sociétés particulières s'occupant de discussions politiques*. « ...Rien de plus terrible que ces bureaux permanents de surveillance, de censure et de direction; leurs attributions n'étant point définies, ils usurpent toutes celles qu'ils veulent s'arroger; les affaires politiques sont un champ ouvert à toutes leurs ambitions; quiconque a de l'audace, peu de talents, beaucoup d'intrigues, et point de fortune, se jette dans un club, y trouve des admirateurs, y forme des sectaires, et obtient au-dehors du crédit et de la puissance ». Le Conseil des Anciens comprit qu'il fallait éviter les germes de discorde dans la situation qui devenait menaçante, et décréta la fermeture des clubs.

Nous en arrivons au rapport qui fut toujours le plus doux au cœur de Portalis, car, après avoir rassemblé tous les moyens qui font réussir les avocats d'assises, il avait sauvé des innocents d'une cruelle et interminable injustice, la détention des *Naufragés de Calais* ! Dans la nuit du 14 novembre 1796, une tempête avait jeté sur une côte de Calais trois bâtiments danois montés par des nobles émigrés, qui se rendaient aux Indes, après avoir reçu du gouvernement anglais la promesse formelle qu'ils ne seraient jamais obligés de servir contre la France. Cinquante trois hommes seulement purent gagner le rivage, où ils furent reçus cordialement par les habitants. Mais Merlin les fit arrêter en les accusant d'avoir préparé une nouvelle descente de Quiberon. La Commission militaire se déclara incompétente. Merlin fit tout ce qui était en son pouvoir pour casser le jugement. Le tribunal de cassation, sa suprême ressource, le confirma. Alors, Merlin passa outre, et déféra sept des naufragés au Tribunal de Douai, qui soumit la question de compétence au Corps législatif. Portalis devint rapporteur de la question. Le Conseil s'émut devant un tel concours de conviction, d'élévation et d'éloquence, dans un discours que toute la France admira. Il adopta *à l'unanimité* la résolution défendue par Portalis¹.

III

Moins de deux mois après son départ de France, le 31 octobre 1797, Portalis écrit à sa femme : « Je travaille à un petit ouvrage qui pourra être intéressant sur les avantages et les abus de la philosophie du siècle ». Il poursuit le 21 novembre : « Je travaille toujours à mon petit ouvrage, mais il ne peut être achevé aussi promptement que je le désirerais. Il ne faut pas que cet ouvrage démente ma réputation de talent et de sagesse. Tout cela demande un travail pénible que je suis souvent obligé d'interrompre pour des devoirs de sociétés ». Mais il note en-

(1) Nous parlerons de son dernier rapport, du 27 Thermidor, sur le *divorce*, dans notre 3^e partie.

suite que ce travail peut seul le distraire de la douloureuse séparation et que c'est un délassement.

Voici un passage intéressant du 8 décembre : « J'aime bien que l'impression se fasse en France, d'autant mieux que l'ouvrage ne renfermera rien qui ne soit bon, utile, et incapable de choquer non seulement le gouvernement, mais qui que ce soit. Tout y est relatif à l'instruction, et rien ne touche à aucune affaire de parti ». Le 19 décembre, il est content de son idée : « Quant à mon petit ouvrage, je me propose de vous l'envoyer feuille par feuille chaque courrier. Toutes les feuilles seront numérotées. Tu m'accuseras les numéros reçus comme tu m'accuses les numéros de mes lettres. J. B.¹ aura la complaisance de copier au fur et à mesure. Par là, il n'y aura pas de temps perdu. Dans le temps que j'achève ici ma besogne, vous recevrez ce qui sera fait, et vous aurez ainsi tout sans vous en douter. Il ne faudra le faire lire à personne, tant que vous n'aurez pas l'ouvrage entier. Car on ne peut bien juger que par l'ensemble... Quand mon ouvrage paraîtra, on verra que j'aime le bien, les sciences et que jamais je n'aurai l'idée de haïr ni d'offenser personne. » Enfin, il écrit le 19 janvier 1798 : « Je suis d'avis de mettre mon nom à mon petit ouvrage, c'est-à-dire mes noms de baptême, sans aucune qualité. Je vous enverrai dans le temps un petit avertissement qui servira de préface². Ce qui fait que je veux être connu, c'est que je suis bien aise que l'on voie que je ne m'occupe point d'intrigues, de haine, mais de choses utiles à tous ».

Dans cet ouvrage qui comprend deux volumes, mais qui se trouve bien court relativement au nombre de matière touchées, Portalis présente une récapitulation des progrès de l'esprit humain, qui ont amené les philosophes du 18^e siècle à abuser de leur puissance. Il examine les systèmes de son époque, leurs influences et répercussions sur l'histoire générale. Au matérialisme et à l'athéisme qui dissolvent, il oppose une théodicée éclatante qui, avant le *Génie du Christianisme*, annonce la renaissance de la foi. Son livre est en effet le manifeste d'un pacte modérateur. Retrouvant les théories thomistes, il vient réhabiliter la foi sans nier la raison humaine, qui, considérée par de « fausses philosophies » comme la seule puissance, a contribué

(1) Jean-Baptiste, frère de notre auteur.

(2) PORTALIS n'ayant pas eu le temps d'écrire ce morceau, son vœu a été respecté par son fils, qui s'en chargea au moment de la publication des deux volumes, en 1820, en l'intitulant : *Essai sur l'origine, l'histoire et les progrès de la littérature française et de la philosophie*. M. BALDENSBERGER, qui attribue le tout à notre auteur lui-même, est amené à le féliciter, en quelque sorte, de sa bienveillance anticipée pour le moyen-âge. Malheureusement, la vérité est que la fin de vie fiévreuse et pleine de PORTALIS l'Ancien ne lui permit que d'annoncer le romantisme montant. Il laissa en mourant, à son fils, le soin de continuer sa pensée, en devenant ce qu'il allait être, en transcrivant l'évolution qui s'opérait déjà en lui. Mais il reste juste de dire qu'il y a un changement d'époque entre le début du livre, et l'*Introduction* faite après coup.

à apporter au monde la crise qu'il a vécue dont Portalis fait un tableau saisissant. Le titre général de l'ouvrage est ainsi expliqué dans l'Introduction faite par son fils : « *L'Esprit philosophique...* entre dans la composition de toutes les opinions individuelles, parce que, dans les siècles éclairés, il est, pour ainsi dire, l'étoffe de l'esprit général des nations; mais il n'éclaire sans nuage que lorsqu'il atteint un juste milieu : en-deça, il n'est que ténèbres; au-delà, il n'est qu'éblouissement ».

Au confluent des doctrines françaises : rationalisme outré des *Encyclopédistes*, et de l'empirisme anglais teinté de *sensualisme*, dans un écart prudent des récentes doctrines allemandes, la *théorie de la connaissance* de Portalis est toute proche de celle professée quelques années auparavant par l'école *écossaise* que Portalis n'a probablement guère connue. Pour lui, toute connaissance vient des sens, « toute idée naît d'une sensation ». Mais il s'explique bien vite sur le mot *sens* qui comprend les *sens externes* et le *sens intime*. Les sens externes nous permettent l'expérience des *faits* de la *nature*; le sens intime ou *conscience*, nous met à même de lire en nous-mêmes. « Il est des choses, dont nous avons la *conscience*, l'expérience et qui ne tombent pas sous nos sens extérieurs. Pourquoi ces choses seraient-elles étrangères à la philosophie, puisque la certitude qu'elles donnent et qui s'identifie avec la conscience du moi est plus immédiate et moins contentieuse que celle que nous donnent les objets physiques ? » Voilà une prédilection affichée pour l'observation intérieure, qui allait bientôt devenir à la mode.

Il ne fait que suivre Locke, quand il affirme que les sens produisent des *idées simples* ou *élémentaires*, « qui sont dégagées de toutes nos combinaisons intellectuelles, et qui répondent directement aux premières impressions que nous recevons des objets ». Cependant, ajoute-t-il aussitôt : « il y a loin des notions vagues et confuses qui naissent de ces impressions involontaires aux connaissances réfléchies et raisonnées qui constituent la science... L'homme, à la fois sensible et intelligent, compare et juge, comme être intelligent, les impressions qu'il reçoit comme être sensible... Les idées générales ne sont que les noms des opérations que nous avons faites, à mesure que, par la multitude de nos connaissances acquises, nous avons éprouvé le besoin de les distribuer avec ordre... Une abstraction suppose que l'esprit, dans un sujet quelconque qui lui est fourni par l'expérience, choisit et discerne une qualité pour la considérer séparément de tout autre et du sujet lui-même ».

Mais les hommes firent un mauvais usage de leur raison, des notions abstraites et des idées générales qu'elle leur permettait d'extraire des faits : « On supposa que des aperçus, qui ne sont que les diverses manières dont notre esprit envisage les

choses pour la facilité de ses conceptions, avaient hors de nous une existence indépendante des choses mêmes; un monde imaginaire fut formé par nos mains. On crut avoir fait une découverte toutes les fois qu'on abusa d'un mot... et ce ne fut pas un des moindres inconvénients des abstractions réalisées, que celui de persuader aux hommes qu'ils n'ignoraient rien. »

Or, « nos connaissances n'étant que le produit de nos sensations, l'origine et l'essence des êtres sont nécessairement inaccessibles à notre intelligence. De là, nous nous sommes nécessairement résignés à ignorer ce que c'est que la matière en soi, nous avons cru devoir nous réduire à étudier les qualités et les rapports qui nous la rendent sensible... La véritable science a gagné tout ce que nous donnions jusque-là à de fausses spéculations. Nos forces se sont réellement accrues à mesure que nous avons appris à les ménager... Disons avec Sénèque que d'autres secrets seront révélés à nos neveux, et que l'esprit humain, en traversant les siècles, pénétrera toujours plus avant dans les merveilles de la création. Mais c'est une règle générale en physique, qu'il faut partir d'un fait pour aller à un autre fait. Inventer n'est que découvrir : il est permis sans doute de conjecturer; mais il faut que ce soit d'après des faits bien observés, et dans l'objet d'arriver, par de nouvelles expériences, aux points que nous cherchons ».

C'est pourquoi « nous n'avons fait aucun progrès en métaphysique tant que nous avons voulu sonder la nature de Dieu et celle de notre âme, au lieu d'étudier Dieu dans ses ouvrages et l'âme humaine dans les facultés qu'elle exerce et dans les sensations qu'elle éprouve... L'essence des choses est dérobée à nos perceptions et à nos sens... qui ne sauraient pénétrer ce qui est *dessous*, et ce que nous appelons par cela même *substance* ». Que devons-nous alors rechercher ? « Nous sommes des êtres bornés : la vérité n'est donc pas, pour nous, la connaissance de tout ce qui est, elle est seulement la connaissance de tout ce qui est à notre portée. »

Si l'homme en général est ainsi rapetissé, dans sa raison *sujette* de l'observation sensible externe ou interne, *les hommes* sont indistinctement placés au même niveau devant la métaphysique, par suite d'une *apologie du bon sens* — c'est-à-dire du *sens commun* de Reid — qui caractérise bien la philosophie de notre auteur : « Les vérités essentielles sont à la portée de tout le monde. Il n'y aura jamais que le faux d'inintelligible. » Comme les Ecossais encore, il a une prédilection pour l'observation intérieure : « Tout homme en s'étudiant lui-même, peut devenir plus ou moins métaphysicien. »

Au nom de ce principe, il s'élève constamment contre les formules, contre les innovations du vocabulaire de Kant, dont le style le choque, au point de lui intercepter la communication in-

tellectuelle. Homme aux goûts simples, Portalis se câbre devant les explications compliquées et la manière contournée de Kant. Il lui reproche surtout de ne pas écrire *comme tout le monde et pour tout le monde*. D'ailleurs il ne le lisait pas dans le texte, étant obligé d'en passer par les traductions latines de l'époque. Celles-ci, transposant à leur manière les termes du philosophe, accumulaient les barrières entre son esprit et celui du lecteur étranger. Portalis eut heureusement d'autres commentaires qui lui furent donnés par Jacobi et aussi, sans doute, par Reinhold (gendre de son excellent ami Wieland) qui passait parfois à Emkendorff. Celui-ci était un véritable maître; il s'était donné la tâche ingrate de rendre l'œuvre de Kant populaire.

Portalis fut donc un des premiers à parler de Kant à la France, peut-être même le premier, avec Villers *de Kant*, enthousiaste disciple, dont la propagande française avait pour seul résultat de secouer de rire ses auditeurs blasés de l'Institut¹. Malheureusement, les quelques chapitres de notre auteur n'eurent aucune influence et sa voix critique, aucune répercussion, puisque, comme nous l'avons vu, le livre de Portalis ne put paraître qu'en 1820, longtemps après la mort de l'auteur et après que Mme de Staël eut, par un nouvel exposé, retransmis le message kantien.

Il faut avouer que Portalis fut loin de comprendre le philosophe allemand, contre lequel il combat vainement, et, pourrions-nous dire, oiseusement, discutant avec éloquence, étant trompé par des mots, des systèmes que Kant n'a jamais professés...². Au contraire, nous ne croyons pas être trop audacieux, en prétendant qu'il y a *quelque chose* de semblable et d'*original* dans le fond de leurs assertions. Ce qui tendrait à montrer que les théories de Kant étaient réclamées par le conflit désolant des doctrines en cours, que son génie était, en quelque sorte, sollicité, pour *oser* la révolution qui se forgeait, et reconstituer une nécessaire *synthèse*.

Nous ne dirons qu'un mot de ce rapprochement inattendu. Les philosophies rationalistes antérieures à celle de Kant, admettaient une distinction entre les choses *sensibles* et les choses *intelligibles*, les unes étant accessibles aux seuls sens, les autres appartenant au domaine de l'entendement, ou plutôt, l'élément intellectuel et l'élément sensible de l'âme connaissant *séparément* quelque chose de l'objet donné. Kant, détachant l'*étendue* de l'intelligence pour en faire une *forme a priori de la sensibilité*, inaugure une nouvelle coupure : Toutes les choses et toutes les attitudes des choses, mises sur le même plan à notre égard, sont

(1) PORTALIS le connut. Quelques-unes de ses lettres ont été conservées par J. M. PORTALIS.

(2) Par exemple, il ne comprend pas le mot « idée » et poursuit DESCARTES, qu'il croit apercevoir au fond de KANT, chez qui il décèle la « chimère » des « idées innées » !

indistinctement reçues de l'homme, par une sorte de *collaboration nécessaire* entre ses sens et son esprit¹. Or, il est remarquable qu'on trouve chez Portalis cette innovation capitale, sinon exposée, du moins suggérée par ses développements, dont voici un passage : « Si *toutes* nos idées, *tous* nos raisonnements, *toutes* nos opérations les plus *intellectuelles* ont un côté sensible, il est exactement vrai que toutes nos perceptions les plus *sensibles* ont un côté *intellectuel*. » Pourtant, il n'a certainement pas pris l'idée à Kant, chez qui il ne l'avait pas même aperçue.

En ce qui concerne proprement Portalis, on peut attribuer une autre source à cette coïncidence. Il a d'abord, suivant son habitude, voulu concilier les théories en présence et les a, en fait, juxtaposées telles quelles sans s'inquiéter de leur incompatibilité. C'est ce qui fait le vague, et aussi la lecture si facile, de ses explications qui veulent être simples et d'une clarté parfaite par l'emploi des termes *courants* et l'exclusion délibérée des mots techniques qu'il traite péjorativement de « grands mots ». Il y a aussi chez lui une réminiscence *stoïcienne*. Ainsi, pour Zénon, dans le premier moment de la connaissance², le sujet n'est pas entièrement passif (comme l'exigerait une philosophie purement *empiriste*), puisqu'il y prend déjà une *attitude mentale*, que Chrysippe devait comparer à l'araignée au centre de sa toile, prête à se porter là où quelque chose serait intéressant. Portalis reprend cette vision des choses, dans sa gradation depuis les « idées simples » jusqu'aux plus abstraites et générales. En effet, même au fond des « idées élémentaires », il y a déjà pourtant un « germe », un « principe général d'intelligence que nous apportons en naissant, et qui nous rend aptes à les former et à les combiner »³.

Ces chapitres plus ou moins métaphysiques, représentent les *fondations* du travail de Portalis, mais ils ont à notre avis *fané* plus vite que les autres, étant posés sur des considérations *d'époque* que l'auteur *fixe* arbitrairement comme immuables. Par ailleurs, l'ouvrage se lit très agréablement et avec profit; il traite de l'administration jusqu'aux beaux-arts, et fait ainsi le tour des activités humaines. On se laisse entretenir par le style aimable et les manières séduisantes de l'écrivain, sans même être choqué de son allure *dogmatique*. C'est ainsi qu'il présente l'ensemble de ses *opinions* comme les vérités les plus *irréfutables*, parce qu'il prend soin de les fonder toujours sur ce qu'il ap-

(1) L'objet, pour KANT, se forme en effet quand l'entendement, par une activité spontanée, réunit le *divers* de la sensibilité. L'élément intellectuel est la condition *a priori* à laquelle le donné sensible peut devenir un objet.

(2) Il y avait quatre *moments*, dont le dernier était la *science*.

(3) Cette hypothèse est d'autant plus vraisemblable que PORTALIS avait les stoïciens en grande estime. Il les cite parfois dans son ouvrage. Le jeune PORTALIS montre par ses lettres d'exil, qu'il se préoccupait beaucoup des doctrines *morales* des stoïciens. Il annonce même à sa mère, un beau jour, qu'il les a adoptées etc. Or, ses lectures comme ses études étaient entièrement faites sous la direction de son père.

pelle le *bon sens*, la *morale*, la *saine philosophie*. Et, en ces matières, l'ouvrage est à parcourir, car il n'a guère vieilli.

Prévoyant sans doute les fonctions honorables qui lui seraient un jour confiées, Portalis s'y exerça toute sa vie : Il mûrit chacun de ses ouvrages et traduisit l'ensemble de ses pensées, dans le style altier du *législateur*.

DEUXIEME PARTIE

LE PENSEUR

Portalis peut à juste titre être considéré en tant que *penseur de l'époque de la Révolution*, puisqu'il a exercé son activité avant, pendant et après elle. A travers l'expression de ses opinions, nous allons reconnaître les courants d'idées qui ont traversé son siècle, y dominant tour à tour ou bien au même moment dans les différents milieux, et la plupart du temps se cotoyant dans les mêmes têtes. Par ses études sérieuses et étendues, aidées de sa grande mémoire, par sa situation en vue, son activité même et la façon dont il comprenait sa fonction, qui exigeait de vastes connaissances, il est à même de nous renseigner sur le « fond commun » intellectuel et l'état d'esprit philosophique de son temps. Nous y verrons bien des contradictions, qui se révéleront surtout à l'analyse, derrière des *mots* obscurs et trompeurs; mais n'est-ce pas cette richesse même et cet enchevêtrement de conceptions variables et opposées qui font l'intérêt de l'étude d'une époque de transition, qui contient à la fois ce qui a été et ce qui va être, ce que certains supportent et justifient encore, et ce que d'autres tendent à réaliser à la place? Mais encore, par sa curiosité d'esprit et les rencontres de ses voyages, Portalis nous apporte parfois l'annonce d'expressions nouvelles de la pensée, de points de vue nés à l'étranger et non encore accoutumés en France, qui nous permettront peut-être de mieux comprendre le cheminement historique d'un système ou d'une règle.

Il y a dans les écrits et discours de Portalis une pensée qui veut paraître ferme et assise sur des bases inébranlables. Ses phrases claires et sentencieuses séduisent le lecteur ou l'auditeur, qui suit facilement les développements, se laisse bercer par le rythme, est sensible à l'aisance et aux nuances de l'exposition. Or, quand on veut dominer, notamment en ce qui concerne son grand ouvrage, l'abondance des sujets développés, le choix pénétrant des formules, le nombre des vues qui fourmillent, pour les organiser autour de quelques idées directrices, on a l'impression d'une complexité telle que tout le bel échafaudage menace de se distendre par l'amas trop considérable de matériaux mal coordonnés. Il n'y a aucune affirmation qui ne soit limitée par une autre qui lui est contraire. C'est un paysage fait de taches qui présentent toutes le même éclat. Le souci de Portalis de ne rien omettre dans les fresques qu'il établit, son respect pour toutes les causes qui ont dû agir sur le phénomène en question, son horreur surtout des « systèmes », toutes ces raisons psychologiques font qu'il accumule les interactions (les causes deviennent des effets, qui prennent à leur tour le rôle des causes), sans qu'il

nous soit permis, le plus souvent, de détacher la grande ligne, la *direction* de l'explication¹.

A cette interprétation nombreuse de chaque fait, se joint une volonté *anti-extrémiste*, qui est bien la marque de l'esprit de Portalis. Le *modérantisme* en tout, que nous avons déjà remarqué dans son caractère, lui fait adopter *à la fois* plusieurs tendances, parce que chacune contient une part de vérité, et que celui qui veut se faire une opinion juste sur les choses, leurs causes et les conséquences qu'elles peuvent apporter, doit accueillir avec respect toute notion qui n'est pas *exagérée*². De plus, en dehors de son attitude délibérément *mesurée*, il y a chez Portalis des directions qu'il suit sans s'en douter, dominé qu'il est parfois lui-même, à un certain point de vue, par des théories qu'il réprouve à un autre. Que ces constatations engagent à l'indulgence, devant les contrariétés qui s'échapperont peut-être de l'exposé qui va suivre. La réalité est mouvante, ses causes s'engrènent et se répercutent et, dans le domaine des opinions, surtout en des temps qu'on a à juste titre nommée *intermédiaires*, la multiplicité frise le chaos³.



(1) Exemples d'influence réciproque ou de multiplicité de causes. Le Chapitre XXXIV *De l'usage...* est intitulé « *De l'influence réciproque des mœurs sur les faux systèmes de philosophie, et des faux systèmes de philosophie sur les mœurs* ». Tome 2^e, p. 403, *ibid.* : « J'appelle mœurs tout ce qui tient au caractère d'un peuple et aux passions habituelles qui le font mouvoir. Or, les mœurs ne peuvent se former que lentement, elles ne sont pas établies, mais inspirées; elles n'ont point un principe unique, une multitude de causes concourent à les produire; elles ne tiennent point à une institution particulière, elles sont le résultat de toutes les institutions. C'est donc une bien grande imprudence que de vouloir trop simplifier les ressorts de la société, et de couper tous les fils qui, par leur nombre et par leur réunion, lient les mœurs aux lois et les lois aux mœurs. » Tome 1^{er} p. 171 : « L'Esprit philosophique doit beaucoup aux sciences exactes. Les sciences exactes, à leur tour, doivent beaucoup à l'esprit philosophique ».

(2) Exemples d'application de la notion de *juste milieu* : *Rapport au Conseil des Anciens sur les délits de la presse*, 26 Germinal an V : « Posons les véritables maximes qui ne se trouvent jamais qu'entre les extrêmes. » *De l'usage...* tome 2^e, p. 133 : « La vraie philosophie respecte les formes autant que l'orgueil philosophique les dédaigne; ne voir que les formes, c'est une superstition; les mépriser, c'est ignorance ou sottise. » Tome 2^e, p. 375 : « Si les siècles d'ignorance sont ordinairement le théâtre des abus, les siècles de lumières ne sont que trop souvent le théâtre des excès. Il en est peut-être des esprits comme des yeux : une certaine somme de lumière est nécessaire, mais pas davantage ».

(3) M. MORNET le dit très bien dans la conclusion de son livre : « La pensée française dans la deuxième moitié du XVIII^e siècle, n'est ni rationnelle ou philosophique, ni scientifique ou expérimentale, ni sensible ou mystique. Elle est tout cela à la fois, suivant les milieux ou les gens, et parfois dans les mêmes milieux et chez les mêmes gens ».

CHAPITRE PRELIMINAIRE

LES « IDEES » ET LES « LUMIERES »

« Les vraies conquêtes, les seules qui ne donnent aucun regret, sont celles que l'on fait sur l'ignorance. L'occupation la plus honorable comme la plus utile, c'est de contribuer à l'extension des idées humaines. La vraie puissance de la République française doit consister désormais à ne pas permettre qu'il existe une seule idée nouvelle, qui ne lui appartienne. »
BONAPARTE, *La Décade*, 9 janvier 1798.

I

Un essai de vue synthétique de la pensée d'un homme nous attire d'autant plus que, à cette époque, et en raison des écoles philosophiques dominantes, les *idées* étaient considérées comme causes des phénomènes. De même qu'on croyait faire le bonheur des hommes en répandant les *lumières*, de même, quand les circonstances s'aggravèrent, quand la Révolution déroula ses horreurs et ses souffrances, la première démarche des victimes fut d'accuser l'instruction en progrès, la philosophie répandue, et tel système en particulier. Ils ne songeaient guère, ceux qui cherchaient les causes de la Révolution, à la misère, aux disettes¹, aux impôts excessifs qui redoublaient les appels à l'aide proférés par le peuple, mais ils mettaient l'accent, comme Portalis, sur « les faux systèmes », sur la morale profanée, sur la religion perdue.

Actuellement, l'état d'esprit général, conséquence des efforts *positivistes* du XIX^e siècle, affirme la responsabilité de l'économique en face des théories politiques, sociales et philosophiques, qui auraient été imaginées pour les expliquer et qui en seraient le produit. Ainsi quand des fléaux naturels, ou la guerre, quand le chômage, la crise s'abattent sur un pays, qui modifie ensuite son régime politique, l'opinion publique croit toucher du doigt la cause du changement d'orientation en citant ces événements. Il n'est pas question de choisir entre ces deux tendances, qui ont chacune leurs défenseurs, et probablement chacune leur domaine. Mais la remarque est curieuse à faire, notamment en ce qui concerne Portalis, car celui-ci avait été témoin très proche des malheurs

(1) V. des renseignements sur cette question dans A. MATHIEZ, *La vie chère et le mouvement social sous la Terreur*, Paris 1927, principalement l'Introduction.

économiques et financiers de sa province, quand il était assesseur d'Aix.

Les procès-verbaux des *délibérations et rapports aux Etats et Assemblées générales des communautés*¹ (1779-1780) nous renseignent sur le genre d'activité qui était celle des administrateurs d'une province, peu avant la Révolution. A l'assemblée générale des communautés de Provence, tenue à Lambesc en novembre 1780, résumant dans son rapport les initiatives et travaux des *procureurs du pays*, Portalis parle du « moment de crise », il donne lecture des lettres qu'il a adressées au Roi, au Ministre des Finances, ou au Directeur général, dans lesquelles il dépeint l'état pitoyable de sa province, pour demander des réductions d'impôts. Ce n'est pas le fait de la démarche financière qui nous intéresse ici, mais les arguments qu'il donne à l'appui nous montrent la succession de cataclysmes qui s'abattirent sur la Provence. « Nous ne fatiguons pas le gouvernement par nos prières, quand nous pouvons consoler ceux qui souffrent par des secours. Les événements contre lesquels nous gémissons aujourd'hui sortaient du cours ordinaire des choses. Nous avons représenté (dans une lettre au Directeur Général)... que la moitié de la province était détruite à jamais, si on ne tendait une main secourable à des hommes qui ont tout perdu, et qui sont obligés pour leur subsistance de donner à grands frais un nouvel être, comme une deuxième création à la terre qu'ils habitent; que le mal n'est ici compensé par aucun bien; que si une partie de nos communautés a été ravagée par des orages, l'autre souffre de la modicité des récoltes, du préjudice que portent au commerce les hostilités maritimes; que tous les maux nous accablent à la fois; que les olives, qui sont une des principales denrées du pays ont manqué cette année; que les vins, dont la guerre empêche l'embarquement et le transport, ont perdu toute valeur; que le pays est partagé en deux classes d'habitants, dont les uns ne recueillent rien et dont les autres ne peuvent vendre le peu qu'ils recueillent... Qui ne voit que, dans une situation semblable, nous sommes forcés, pour l'intérêt même de l'Etat, de l'avertir de nos maux et de notre défaut absolu de ressources. Car enfin, la ruine d'une province est un malheur si général, que la Provence nuirait à la Patrie commune, en croyant s'immoler pour Elle. Le zèle, à force d'être extrême, trahirait son objet² ». « Je puis affirmer que, dans l'état des choses, un provençal paye quatre fois plus à la nature que le sujet le plus surchargé ne paye au fisc^{3, 4} ».

(1) Archives des Bouches-du-Rhône. Registre C. 95.

(2) *Mémoire sur l'abonnement du 2^e vingtième*, 19 septembre 1780. Archives des B. du R. C. 952.

(3) *Lettre au Ministre des Finances*. 25 octobre 1780, Archives Nationales, H. 1.271.

(4) Lors de son voyage à Paris, il écrit à sa femme, le 24 août 1782 : « Depuis Dijon jusqu'à Auxerre, le pays est affreux. Mauvais chemins, montagnes à traverser, misère absolue partout. Les voitures sont perpétuellement assiégées

Il a l'occasion également de s'insurger contre l'imagination du Pouvoir central en matière de création d'impôts. D'abord, notamment, la question de l'entretien des troupes sollicite son intervention¹. « La Provence, sous ses anciens comtes, ne contribuait à la dépense des troupes que par les tributs qu'elle payait à ses souverains, chargés du soin de la protéger et de la défendre ». Plus tard, « le pays faisait simplement les avances, *jusqu'à ce que les deniers de Sa Majesté fussent arrivés* ». Peu à peu, les remboursements, devenant tardifs et imparfaits, furent cause de la ruine de la province. « Plus la créance devient considérable, plus le recouvrement est difficile. L'excès du service fait naître la pensée de le méconnaître... Les temps deviennent quelquefois si malheureux qu'ils ôtent à ceux qui gouvernent le pouvoir d'être justes, et aux sujets la force de se plaindre !... La Provence... ne croit point déroger à ses privilèges, mais plutôt en mériter la conservation, lorsqu'elle cesse de les réclamer dans des temps de besoin, en les faisant céder à son zèle, pour le bien du service. Exempte en totalité, elle offre de contribuer dans une mesure équitable et modérée. Mais une règle fixe et certaine lui est nécessaire pour pouvoir déterminer ses impositions annuelles. — On comprend aisément que de pareilles contributions, qui n'ont aucune proportion avec nos forces, ne peuvent être que des avances passagères et non des tributs réels. Les tributs, les charges proprement dites sont gouvernés par des principes plus austères et plus rigoureux. Il faut les mesurer, non sur ce que le peuple peut donner, mais sur ce qu'il doit donner, et si par hasard on les mesure sur ce qu'il peut donner, il faut que ce soit du moins sur ce qu'il peut toujours donner ». Les troupes étant devenues plus nombreuses et les passages incessants, par suite de la proximité de Toulon, d'Antibes, de la Corse, la situation est devenue absolument déplorable, et a son contre-coup sur le commerce.

Un autre procédé retient l'attention de Portalis, que nous avons trouvé typique relativement à la situation financière du temps². Des lois avaient établi des offices de *jurés-priseurs, vendeurs de biens meubles*, qui n'avaient d'ailleurs jamais été « levés » en Provence, nous dit Portalis, et qui devaient intervenir indépendamment des ventes en justice. « D'une part, elles (les lois) supposent que les fonctions attribuées aux offices de jurés-priseurs, exigeant par leur importance des titulaires particuliers, elles assignent certains droits à ces titulaires. D'autre part, elles suspendent, dans le même instant et pour un temps illimité, la levée et la vente de ces offices; elles ne laissent subsister que les droits

de pauvres que l'on contente avec un morceau de pain... Tu n'as pas idée de ces malheureuses cabanes, et du pain affreux que n'a pas même à suffisance le malheureux peuple qui les habite ».

(1) *Mémoire sur la nécessité d'un nouveau jugement au sujet de la dépense des troupes*, 30 Août 1779, Archives des Bouches du Rhône, C. 952.

(2) Voir *Mémoires 1779-1780* 14°, Archives des Bouches-du-Rhône C. 952.

destinés aux titulaires, et elles ordonnent que ces droits seront perçus au profit du Roi. Voilà donc l'effet séparé de sa cause. Les gages n'avaient été fixés que pour les fonctions. On suspend l'exercice des fonctions et on ordonne le paiement des gages. Ce qui n'était établi que comme salaire est subitement transformé en exaction; l'exécution de la loi en contrarie le principe, et au lieu de former le nouvel établissement que l'on annonce, on lève un nouvel impôt qui n'avait pas même été annoncé. » En tout cas : « Quand ce n'est pas le cas de faire inventaire, quand la loi n'a point à veiller à l'intérêt du tiers, quand la liberté des contractants est entière comme dans les ventes purement volontaires, alors il n'y a pas matière à prise ni à estimation juridique. »

II

Ces exemples nous montrent Portalis très au courant des circonstances économiques et financières qui ont précédé la Révolution. Or, il n'en parle pas dans son livre *De l'usage et de l'abus...* même au moment où il juge la Révolution française, c'est-à-dire dans son dernier chapitre. La seule allusion qu'il en fait est pour les écarter de ses préoccupations. « Mon unique objet, écrit-il, a été d'indiquer les causes morales qui, selon ma manière de voir, ont fixé les caractères généraux de notre révolution, sans m'enquérir des causes accidentelles et immédiates qui l'ont fait éclater et dont j'abandonne la recherche aux historiens »¹.

L'idée ne lui vient pas que ce pourraient être les malheurs accumulés et progressifs du peuple qui lui ont fait un beau jour apercevoir les systèmes des philosophes, jetés depuis de longues années déjà dans le public, mais qui n'y avaient pas pris racine. Lors de la *mode* qui lança la nouvelle école dans les salons, autour de 1760, le peuple ne connaissait pas encore les philosophes, et son attachement à son Roi était général et profond, surtout si on considère la province où l'esprit nouveau n'avait pas encore soufflé². « Pourtant, même ceux qui ne raisonnent pas, souffrent » dit M. Morneret³. Il y a une révolte devant l'attitude, la frivolité et les crimes de la noblesse. « Surtout on ne peut pas se résigner à la famine et à l'émeute »⁴. C'est alors seulement que le public découvrit qu'il pourrait utiliser la philosophie pour la conquête d'une vie moins dure. « On prend peu à peu l'habitude d'associer réformes, liberté et philosophie »⁵. Cependant cette affirmation n'est vraie encore que des bourgeois, non de la masse. Quand le

(1) *De l'usage...* tome 2, p. 394.

(2) Voir sur ce sujet : MORNET, *La pensée française au XVIII^e siècle*, Colin, 1929.

(3) *Ibidem*, p. 215.

(4) *Ibid.* p. 206.

(5) *Ibid.* p. 210.

grand Mathiez interrogeait les étudiants d'Histoire, il leur demandait volontiers ce que réclamait le *peuple* en 1789. Le candidat répondait en énonçant telles et telles *réformes*. Alors le professeur l'interrompait en secouant la tête et, en frappant du poing sur la table : « Non, Monsieur, s'écriait-il, c'était *du pain* ! »

On peut même soutenir que les systèmes des philosophes n'ont été construits que pour fonder rationnellement, suivant la forme d'esprit de l'époque, des réformes que les faits réclamaient. La misère généralisée et l'odieux d'une fiscalité extravagante ont assez de poids pour créer chez ceux qui réfléchissent avec sincérité un malaise confus, et les porter à réagir par des principes condamnant de pareils faits. « La condamnation du despotisme est le résultat d'une expérience, non la conclusion d'une théorie », dit M. Lanson¹. Sous des formules abstraites, les systèmes visent des réalités. Ils parlent de vérités universelles commandées par une raison de tous temps et de tous pays, sans avoir conscience de *se servir* de cette raison, pour faire une doctrine convenant aux besoins des Français de leur siècle. Mais quand on étudie soigneusement l'histoire de l'époque, on constate que les faits avaient précédé les théories.

III

Quoi qu'il en soit de la réalité, il faut voir à quelle réaction l'état d'esprit signalé a conduit, dans leur interprétation des événements, quelques émigrés, pris parmi les « *prophètes du passé* »². Puisque ce sont des « idées » qui sont cause de tout le mal, puisque ces idées ont été propagées par le développement des « lumières », c'est finalement le progrès de l'esprit humain et le rayonnement de l'instruction qu'il faut accuser de la « cruauté des Français ». Il y a comme une vague montante d'obscurantisme, au sein de l'émigration. L'abbé Sabatier de Castres publie en 1794, des *Pensées et observations morales et politiques* qui sont destinées à dégoûter à tout jamais le monde de l'exercice de l'esprit. Henri Coiffier de Verseux, dans le *Testament d'un Emigré*, prononce ces sentences³ : « Toutes les fois que chez un peuple, les connaissances sont devenues générales, elles finissent toujours par se transformer en épidémie, qui ne s'arrête qu'après avoir enlevé une partie des habitants. Qu'on cesse donc de déplorer l'espèce de fatalité qui frappa toutes les

(1) *Histoire de la Littérature française*. Paris 1923.

(2) L'expression, empruntée par Mme de Staël à F. Schlegel, est définie comme suit par M. BALDENSBERGER (*Le mouvement des idées dans l'émigration française*, Paris Plon 1924, 2^e volume, p. 3) : « Un voyant qui, rétrospectivement, aperçoit la chaîne des faits ayant produit à la fois pour la logique de l'esprit et dans la réalité de la vie, les évidences actuelles. »

(3) Rapporté par M. BALDENSBERGER, *Ouv. citée*, t. 2^e, p. 41.

tentatives faites pour empêcher la Révolution; le fruit était mûr, il devait tomber. »

Devant l'excès même de ces jugements, il fallait que quelqu'un se lève, pour réhabiliter l'intelligence. Alors Portalis, pendant l'exil, dicte à son fils son livre *De l'usage...* « Quand nous contemplons tout ce qui se passe autour de nous, quand nous considérons les biens et les maux qui semblent avoir leur source commune dans nos connaissances et dans nos lumières; quand nous fixons nos regards sur les grands changements qui s'opèrent avec tant de rapidité, et qui ébranlent tant d'institutions à la fois, nous nous demandons avec une inquiète curiosité : Par quelle force invisible tout système de philosophie, vrai ou faux, produit-il subitement, de nos jours, une commotion générale dans le monde. » ¹.

Ces deux volumes nous présentent une sorte de panorama des effets de l'observation des choses par l'esprit humain, *une vue à vol d'oiseau* des applications principales que l'homme a su tirer péniblement du développement de son propre fond. « L'esprit philosophique est au-dessus de la philosophie, comme l'esprit géométrique est au-dessus de la géométrie, comme la connaissance de l'esprit des lois est supérieure à la connaissance même des lois. » C'est « la maturité du jugement, qui distingue les hommes éclairés de ceux qui ne le sont pas; le coup d'œil d'une raison exercée, qui est pour l'entendement ce que la conscience est pour le cœur; c'est l'esprit de liberté, de recherche et de lumière qui veut tout voir et ne rien supposer, qui se produit avec méthode, qui opère avec discernement; qui apprécie chaque chose avec les principes propres à chaque chose, indépendamment de l'opinion et de la coutume; qui ne s'arrête point aux effets, qui remonte aux causes; qui, dans chaque matière, approfondit tous les rapports pour découvrir les résultats, combine et lie toutes les parties pour former un tout; enfin, qui marque le but, l'étendue et les limites des différentes connaissances humaines et qui seul peut les porter au plus haut degré d'utilité, de dignité et de perfection. » ².

Portalis distingue donc les bienfaits apportés par *l'usage* de l'esprit philosophique ainsi compris, des maux qu'a engendrés son *abus*. Or, « le matérialisme et l'athéisme sont incontestablement l'abus le plus grave et le plus dangereux que l'on ait fait, en métaphysique, de nos progrès et de nos découvertes dans les sciences naturelles » ³. Il attaque les philosophes de son siècle, principalement dans les ch. IX, X et XXXIV de son livre. « Pourquoi faut-il, se lamente-t-il, que nos découvertes soient devenues des pièges, et que de nouvelles erreurs aient trouvé

(1) *De l'usage...*, t. 2^e, p. 341.

(2) *De l'usage*, t. 1^{er}, chap. 1^{er}.

(3) *De l'usage*, t. 1^{er}, p. 269.

leur source dans un nouvel accroissement de lumières ?... A force d'étudier la matière, nous nous sommes habitués à ne reconnaître qu'elle... Autrefois, une fausse métaphysique spiritualisait les corps; une métaphysique plus dangereuse encore matérialise aujourd'hui les esprits » ¹. Et il s'explique : « Les matérialistes et les athées de nos temps modernes se sont élevés sur les débris d'une métaphysique usée, d'une métaphysique trop longtemps dégradée par les inepties de l'école; ils ont voulu bâtir leur fausse philosophie avec les riches matériaux amassés dans les sciences naturelles; ils ont fait un système d'autant plus dangereux qu'en le liant à la masse de nos idées acquises dans ces importantes sciences, ils l'ont présenté comme une conséquence née des vérités et des découvertes par lesquelles notre siècle surpasse tous les autres. La vanité a été séduite; la fureur de tout expliquer, dont on ne guérira jamais entièrement les hommes, a été satisfaite... » ².

Ces mêmes philosophes, il les défend cependant en ces termes : « Dans le nombre de ces erreurs, il en est qui n'eussent jamais germé dans la tête des philosophes qui les ont publiées, ou du moins qui n'eussent jamais prospéré dans le public, si elles n'avaient été préparées et soutenues par l'esprit général et par les mœurs du temps... Les mauvaises idées, ainsi que les bonnes, ne s'établissent avec promptitude et avec facilité qu'autant qu'on est préparé à les recevoir. Ce qui est mauvais n'est pas toujours contagieux, comme ce qui est bon en soi n'est pas toujours concevable. Ce serait donc une injustice d'imputer à la philosophie nos vices, nos désordres, nos infortunes, en fermant les yeux sur les diverses causes qui ont concouru à corrompre les mœurs et la philosophie même » ³. Mais il a déjà affirmé : « Les peuples qui ne peuvent être gouvernés entre eux par les lois le sont souvent par les mœurs générales. Or, *peut-on nier que les mœurs ne soient, au moins en partie, le produit de la douce et lente influence des connaissances et des lumières ?* » ⁴.

« Soyons justes : ce ne sont pas les philosophes qui ont corrompu le siècle, c'est la corruption du siècle qui a influé sur les philosophes. Les mauvaises mœurs ont précédé les fausses doctrines... Le reproche mérité que l'on doit faire à la plupart des philosophes est d'avoir été plus disposés à flatter qu'à combattre les vices de leur temps; et cela vient de ce que l'on est, en général, plus jaloux de plaire ou de dominer que d'instruire. En attaquant des institutions encore puissantes en apparence, mais ruinées par la corruption, la vanité se ménageait tous les avantages de la hardiesse sans en encourir les dangers. On ne peut

(1) *De l'usage*, t. 1^{er}, p. 230.

(2) *De l'usage*, t. 1^{er}, p. 231.

(3) *De l'usage...*, t. 2^e, p. 361.

(4) *De l'usage...*, t. 2^e, p. 90.

accuser les écrivains de n'avoir pas été prudents : car ils n'ont rien dit contre les dragonnades de Louis XIV et n'ont commencé à prêcher la tolérance que dans un siècle d'indifférence et de tiédeur. »¹. Il touche enfin du doigt la crise réelle qui a pu faire attaquer les *lumières* : « On voulut paraître instruit sans avoir le temps de l'être. On discuta tout, sans rien approfondir, et c'est du choc de ces conversations légères que l'on vit sortir ce que l'on a si mal appelé l'*opinion publique*. »²

Nous ne pourrons jamais savoir en fin de compte si, dans la pensée de Portalis, c'est le siècle qui a corrompu les philosophes, ou si ce sont ceux-ci qui ont corrompu le siècle. Son dernier chapitre est intitulé : « De l'influence réciproque des mœurs sur les faux systèmes de philosophie, et des faux systèmes de philosophie sur les mœurs. » Les causes possibles se renvoient mutuellement la balle, ayant chacune sans doute une part de responsabilité. Néanmoins, Portalis reste un ferme partisan des connaissances, dont il préconise l'élargissement. On le compte à bon droit parmi les philosophes du dix-huitième siècle finissant, dont il a l'état d'esprit, car les *idées*, pour lui, forment les événements, que ces idées soient celles des philosophes, ou celles du siècle.

IV

Dès avant que Portalis réponde aux émigrés qui, jaloux de leurs lumières, voulaient empêcher les autres d'y accéder, l'organe *philosophe* de Paris, la *Décade*, défendait l'école des idéologues et leurs réformes, en faisant, comme Portalis en aura l'idée, la part de l'exercice et celle de l'exagération. Elle stigmatise³ « ceux qui, après avoir préconisé la philosophie toute leur vie... la dénigrent, la calomnient, en lui imputant toutes les horreurs qui ont souillé la Révolution, comme si Voltaire, Montesquieu, Buffon, Helvétius, Diderot, d'Alembert, Rousseau, Raynal avaient prêché le crime, fait l'apologie du brigandage et réduit l'assassinat en préceptes ! »⁴. Qu'étaient donc ces « idéologues » dont Portalis partage les aspirations et qui eurent assez d'influence sur la Révolution pour diriger quelques-unes de ses réformes ?

(1) *De l'usage...*, t. 2^e, p. 370. M. Mornet nous paraît sanctionner cette opinion quand il dit (p. 118, *ouv. cité*) : « Ils (les philosophes) se sont donc attachés, non pas du tout à des révolutions ni même à des réformes profondes, mais à la suppression de quelques abus si criants qu'il n'y avait plus personne pour les défendre, sinon les intéressés. » De même F. ROCQUAIN, *L'Esprit révolutionnaire* : « Quand les philosophes vinrent mettre le feu à la maison, l'édifice tremblait sur sa base. Ils ne firent que rassembler en corps de doctrines, des idées qui fermentaient de toute part ».

(2) *De l'usage...*, t. 2^e, p. 372.

(3) N^o du 10 septembre 1796.

(4) Rapporté par PICAVET, *ouv. cité*, p. 89.

On a nommé « idéologie » la *philosophie qui a préparé la Révolution*¹. L'école des *idéologues* a réuni des écrivains et philosophes dont chacun « a ses opinions personnelles très indépendantes, et s'ils s'accordent sur beaucoup de points, c'est toujours sans en avoir le projet, souvent sans le savoir, et quelquefois même sans le croire autant que cela »². Elle a été, à notre avis, la combinaison pour le triomphe des besoins du temps, de deux théories : 1° La théorie « idéiste », celle de Locke, qui résout en *idées* les objets de notre entendement, le contenu de notre connaissance, revue par Hume, chez qui les idées sont des copies des impressions, et corrigée par Condillac, pour lequel « nos erreurs viennent de ce que nos idées ont été mal faites...; le seul moyen pour les corriger, c'est de les refaire ». 2° Le courant *encyclopédiste* qui croit possible une fabrication artificielle des esprits par l'éducation et qui veut, pour rendre l'homme *heureux*, combattre les *préjugés* par les *lumières*. Condillac ayant fait le pont entre les deux conceptions, on a assimilé la notion *métaphysique* d'« idées » à la notion toute *intellectuelle* de « lumières ». Le déplacement a joué sur le mot *connaissance*.

Ainsi, l'*idéologie* est la *science des idées*, les idées étant les produits de la faculté de penser. Pour Volney, l'instruction est « une nécessité indispensable à l'existence de l'homme »³. De plus « loin d'être... une loi de la nature, l'ignorance est un obstacle à la pratique de toutes ses lois. C'est le véritable péché originel »⁴. Surtout, les *idéologues* ont confiance dans la force des *idées* pour rendre les gouvernements sages et les peuples heureux. « La Convention voulant, comme le dit Lakanal, détruire l'inégalité des lumières en appliquant l'analyse à tous les genres d'idées et dans toutes les écoles, avait créé à l'avance des Ecoles normales pour *former un très grand nombre d'instituteurs capables d'être les exécuteurs d'un plan qui a pour but la régénération de l'entendement humain*... Chaque enseignement comprenait des cours, dans lesquels les professeurs *ayant préparé leurs idées, mais non leurs discours* devaient *parler leurs idées* »⁵.

Portalès, qu'on a l'habitude de compter parmi les idéologues de l'entourage de Napoléon, se rattache en effet nettement à cette école. Il écrivit notamment : « Par l'analyse des idées, nous arrivons à l'observation des choses. L'observation exacte des choses nous fournit ensuite les matériaux nécessaires pour étendre et pour recomposer plus sûrement nos idées »⁶. Il proclama au Conseil des Anciens : « L'ignorance est la source de toutes les su-

(1) DESTUTT DE TRACY, en 1796.

(2) Destutt de Tracy, rapporté par PICAUVET, *Les idéologues*, Paris Alcan, 1891, p. 23.

(3) *Le catéchisme du citoyen*, chap. III. Principe de la loi naturelle par rapport à l'homme.

(4) VOLNEY, *Les ruines*, chap. XIII. L'humanité s'améliorerait-elle ?

(5) Voir PICAUVET, *ouv. cit.*, p. 32.

(6) V. principalement le ch. 4 du t. 1^{er}, *De l'usage*...

perstitutions et de toutes les erreurs; ce n'est que par les connaissances utiles et agréables que nous pouvons détruire l'ignorance; car il n'y a que la lumière qui puisse chasser les ténèbres¹ ». Il vit donc avec sympathie le mouvement en faveur de la généralisation de la culture (dont il devait s'occuper personnellement sous l'Empire), et il communiqua des fragments de son grand ouvrage à un des nombreux *Instituts* qui se créèrent à l'époque, la *Société des Observateurs de l'homme*.

La Convention, approuvée en cela par Portalis, avait donc cherché à appliquer les grands principes dégagés par les *idéologues* en ce qui concerne l'éducation et l'instruction. Elle était allée même jusqu'à faire une large place aux philosophes dans la rédaction du Code Civil, dont le projet devait être révisé par une assemblée de penseurs, chargée d'épurer le Code Civil des imperfections que les hommes de loi y auraient laissées. Napoléon reprit l'idée quand il introduisit dans son Sénat conservateur des philosophes, destinés à en accroître le prestige et la sagesse. Mais, d'autre part, après avoir fait grand cas de leur éloge, il n'épargna pas les sarcasmes à l'endroit des *idéologues*, « métaphysiciens nébuleux ». Ce jugement provient plus du *nom*, qui a induit pour une part en erreur, que du *programme* des idéologues dont nous devons dire quelques mots, car il réalise un progrès très sensible sur les deux doctrines dont il est issu. La méthode qui les unit, issue de Condillac, montre, nous dit Destutt de Tracy, « pourquoi nous ne pouvons pas faire de systèmes... Elle consiste à observer les faits avec le plus grand scrupule, à n'en tirer des conséquences qu'avec pleine assurance, à ne jamais donner à de simples suppositions la consistance des faits, à n'entreprendre de lier entre elles les vérités que quand elles s'enchaînent tout naturellement et sans lacune, à avouer franchement ce qu'on ne sait pas et à préférer constamment l'ignorance absolue à toute assertion qui n'est que vraisemblable² ».

Portalis souscrit entièrement à ces paroles, et les huit premiers chapitres de son ouvrage ne sont absolument que le développement de ces principes sous le nom d'*esprit philosophique*. Ce point de vue méthodologique est la conséquence qui *devait* être tirée de la *doctrine de Locke*, exposée, comme *saine philosophie*, dans son chapitre IV. Rattacher en effet aux sens toutes nos idées, c'est faire de *l'expérience* la seule source possible de *connaissance* et Portalis ne se fait pas scrupule de le répéter. Il dit notamment : « La spéculation fut ramenée à la pratique, et la pratique soumise à des règles. La science ne s'est plus isolée de l'expérience, et l'aveugle routine a été bannie ». Il se résume joliment : « Hors des faits, base unique de toutes nos connais-

(1) *Discours relatif aux prêtres non assermentés*.

(2) Rapporté par PICAVET, *ouv. cité*, p. 22.

sances, chacun porte avec lui l'invisible atelier des systèmes, chacun bâtit des hypothèses et devient artiste à sa manière ». Comme l'observation elle-même a besoin de règles pour être fructueuse, il expose comment *l'esprit philosophique* développé a fait progresser les sciences naturelles et expérimentales, et les rapports qu'il doit avoir avec les sciences exactes. Il conclut finement (ch. V) : « On est hors d'état de rien découvrir par soi-même, si on ignore l'art d'observer. Si les découvertes sont souvent de bonnes fortunes, on est autorisé à croire qu'elles arrivent de préférence aux hommes qui ont l'habitude de l'observation ».

Mais d'abord, il faut limiter le champ d'action de la raison humaine pour lui conserver toute sa force. « Nos connaissances, dit-il dans le ch. V, n'étant que le produit de nos sensations, l'origine et l'essence des êtres sont nécessairement inaccessibles à notre intelligence. De là, nous nous sommes résignés à ignorer ce que c'est que la matière en soi; nous avons cru devoir nous réduire à étudier les qualités et les rapports qui nous la rendent sensible. Nous avons renoncé à l'absurde prétention de tout définir : car, définir une chose, c'est en expliquer la nature; or, il n'y a que les mathématiques, la morale et la jurisprudence ou le droit public qui puissent fournir des exemples de ces sortes de définitions proprement dites... L'art de définir n'est le plus ordinairement, pour nous, que l'art d'analyser, c'est-à-dire l'art de parcourir et d'énumérer successivement les diverses propriétés qu'un objet renferme ».

Il s'élève contre l'orgueil du métaphysicien : « Ainsi les hommes, en s'éclairant, ont abjuré l'indiscrete curiosité de nos pères qui... avaient cherché à sonder les profondeurs que la nature nous cache... N'ayant point été associé au grand ouvrage de la création... notre esprit ne nous permet pas d'arriver au premier anneau de la chaîne, c'est-à-dire à l'action immédiate que le créateur exerce sur tout ce qui existe... C'est lorsque nous avons été assez forts pour apprécier notre faiblesse, que, dédaignant les théories vagues, nous nous sommes livrés à l'étude de la nature, car les faits sont la nature ». Ces réflexions, qui sont profondes, le conduisent à lutter, non seulement contre les *abstractions*, mais aussi contre tout *système*¹. Sans se douter que son adversaire est au fond du même avis que lui en ce qui concerne la science, qu'il faut limiter, pour faire une place à la croyance, il réfute Kant point par point, dans plusieurs chapitres de son ouvrage, parce que c'est un *système*, où « tout est faux en tant que tout y est absolu »; un *raisonnement* : « Le professeur de Koenigsberg suppose toujours ce qui est en question »; un amas

(1) « Hyppocrate, oublié pendant 2000 ans, est rentré en grâce, parce que au lieu de bâtir des systèmes, il avait su observer la nature. » *De l'usage...*, t. I, p. 166.

de mots vides au milieu desquels « l'esprit se perd et se confond ».

Mais en critiquant certains métaphysiciens « extravagants », il défend, suivant son habitude, la métaphysique « saine », contre les railleries de Voltaire et de ses émules. « Je sais, dit-il, que l'on se plaint tous les jours dans le monde de l'obscurité de la métaphysique. Mais ces plaintes ne devraient être dirigées que contre l'obscurité et l'ineptie des prétendus métaphysiciens. La métaphysique n'est point obscure; elle sera constamment la plus claire des sciences, si nous savons nous résigner à ne lui donner pour fondements que les faits dont nous avons l'expérience, et à ne pas vouloir expliquer ce que nous ne pouvons connaître ». En effet, pour lui, la métaphysique « est la science des vérités essentielles qui sont à la portée de tout le monde ». Si bien que « tout homme, en s'étudiant lui-même, peut devenir plus ou moins métaphysicien ».

Ses contemporains ont été comme lui, acharnés à lutter contre les systèmes, les abstractions, la scholastique¹. Bacon et Newton sont très connus en France, dès le milieu du XVIII^e siècle, l'esprit général est imbibé de l'intérêt pour les sciences expérimentales. On fait des livres contre les systèmes, sous le nom de *Traité des systèmes*; contre les *faux savants* qui, à la place des faits, bâtissent avec assurance des raisonnements hâtifs; contre la *manie* de généraliser et de juger de tout. Mais cet amour des faits ne doit pas faire illusion. Il y eut, certes, de véritables précurseurs, des savants patients, méthodiques, esclaves et silencieux, mais ce ne sont pas ceux qui ont prêché. Ceux-ci n'ont fait que des essais épars. On pourrait presque parler d'un *engouement* pour l'expérience. On remarquait soudain les *choses* avec l'étonnement et la curiosité de qui a été sevré de réalités. C'est le siècle des voyages, dont on lit les récits avec avidité. Montesquieu et Voltaire observent seuls réellement la diversité des temps et des lieux. Leurs admirateurs enthousiastes n'ont vu dans leurs livres, croyons-nous, que des sources d'anecdotes et un *divertissement*.

Tout ces multiples théoriciens de l'observation exacte des choses n'étaient encore, sans se l'avouer, que des bâtisseurs de systèmes et des raisonneurs. Mais leurs *systèmes* ne paraissaient pas en être, parce qu'ils étaient admis généralement et qu'on n'appelle « systèmes » que ceux qu'on rejette. Leurs *raisonnements* paraissaient des *faits* parce qu'ils se fondaient sur la *nature des choses*. Nous verrons plus loin que la conception de cette nature était un obstacle infranchissable, du moins nous le pensons, à toute application de la méthode positive, qui n'a pu avoir lieu

(1) Rousseau surtout proteste contre « les idées générales et abstraites qui sont la source des plus grandes erreurs des hommes », raille « le jargon de la métaphysique », et s'élève contre « la fureur des systèmes ».

réellement d'ailleurs qu'à son déclin. Condillac « se donne » une statue, puis il « se donne » un sens qui lui permet de *raisonner* sur les impressions que reçoit la statue, et ainsi de suite. On raisonne en mathématicien, comme Descartes, en se fondant sur l'évidence géométrique, c'est-à-dire une *supposition*, et sur le bon sens de tout le monde. Le *contrat social* est un raisonnement comme tout ce qui se rattache à l'état de nature¹. Les matérialistes du siècle n'ont fait que bâtir des *systèmes* sur les observations des autres.

Les théories ne changent pas si rapidement l'esprit des hommes; elles modèlent celui de leurs enfants : les *idéologues*, derniers venus des philosophes du siècle, donnent la main, par dessus les Romantiques, aux positivistes du XIX^e siècle qu'ils ont engendrés. Dans la réalité, et sauf exceptions géniales, ils n'ont fait qu'appliquer et généraliser le rationalisme et l'abstraction du XVII^e siècle. Leur honneur est d'avoir compris intellectuellement la nécessité de l'expérience et la valeur d'une méthode rigoureuse. Mais il ne faut point confondre le goût pour l'observation avec l'observation elle-même, la méthode expérimentale avec l'application de cette méthode. Leur nom « d'idéologues », s'il n'exprime pas à première vue, comme nous l'avons remarqué, ce qu'ils ont voulu faire, exprime fort bien ce qu'ils ont été.

V

Cette coexistence irréconciliable d'un esprit imbu d'*idées*, avec des désirs d'action sur la base des *faits*, qui est sensible chez la plupart des philosophes du temps, a produit un résultat curieux dans les applications pratiques de leurs théories. Ils admettent confusément deux sortes de vérités : les vérités de la science et les vérités pragmatiques. Ils ont d'ailleurs l'expérience de cette dualité, puisque déjà ils croient pour la plupart, à la fois à leur raison et à leur foi. Plutôt, ils conçoivent d'une part la *conduite* comme affaire d'organisation sociale, et d'autre part la *vérité* comme affaire de spéculation. Et les résultats de la spéculation ne sont pas toujours bons à revendiquer, ou tout au moins, une question d'opportunité se présente, qui modère singulièrement les projets de nos philosophes.

Ainsi Mably qui, dans le domaine économique, propose une sorte de communisme, est tout pénétré de réalité et de sens du possible, quand, dans le domaine politique, il se prononce pour le maintien des rouages constitutionnels existants, sauf à leur donner une orientation différente; quand il conseille de maintenir

(1) Voir sur ce point : MORNET, *La pensée française au XVIII^e siècle*, Colin 1929.

les « débris de l'ancienne indépendance » c'est-à-dire les corporations, la noblesse, le clergé et les Parlements, parce que « ces corps tiennent de la coutume et de leur institution une certaine manière d'être »¹. Il dit plus loin : « Quelque contraires que puissent paraître leurs privilèges aux maximes d'une politique qui se propose un gouvernement parfait, il ne faut pas croire qu'en les détruisant on fit un pas vers le bien ». Il oppose donc l'idéal d'un « gouvernement parfait » à la réalité qu'il *sente* plus proche et moins modelable.

De même chez les *Encyclopédistes*. Ils réclament l'abolition des privilèges, les réformes, la liberté, l'égalité, mais ils n'approuvent pas dans un Etat, la « chimère de l'égalité absolue ». Condorcet réclame bien l'égalité, mais il ne donne pas de droits politiques aux non-propriétaires, qu'il appelle « citoyens passifs ». Les philosophes « croient que le seul instrument du progrès est l'intelligence et que c'est un instrument infailible. Ils devraient donc avoir demandé la diffusion de l'instruction. Or, au XVIII^e siècle, c'est l'Eglise qui travaille à multiplier les écoles primaires et qui d'ailleurs y réussit »². Ce sont les révolutionnaires qui se rendront compte de la conséquence nécessaire à tirer du *bien-fait des lumières*, posé comme principe. Mais Voltaire parle de « populace », et La Chalotais affirme que « le bien de la société demande que les connaissances du peuple ne s'étendent pas plus loin que ses occupations ». On trouve chez d'Holbach : « Le peuple ne lit pas plus qu'il ne raisonne... S'il se trouvait parmi le peuple un homme en état de lire un ouvrage de philosophie, il ne serait plus un scélérat à craindre...; ce sont les fanatiques qui font les révolutions... les personnes éclairées, désintéressées et sensées sont amies du repos »³. On ne sait plus trop comment surmonter ce désaccord entre la spéculation et les exigences de la pratique.

La même difficulté se trouve chez Rousseau, bien qu'avec une déviation : l'opposition n'est plus entre l'action pratique et la *vérité*, mais entre l'action pratique et l'*idéal*. On a remarqué bien des fois déjà, depuis Taine, que le *contrat social* est un raisonnement comme l'*état de nature*. Mais Rousseau le savait bien et il n'a jamais cru à l'existence de ce pacte personnellement passé entre des hommes ayant historiquement vécu, non plus qu'à sa réalisation possible dans l'avenir. Il dit lui-même, dans le *Discours sur l'origine de l'inégalité parmi les hommes* qu'il « ne faut pas prendre les recherches, dans lesquelles on peut entrer sur ce sujet pour des vérités historiques, mais seulement pour des raisonnements hypothétiques et conditionnés ». En ce qui concerne

(1) MABLY, *Des droits et des devoirs du citoyen*, 1789 Kehl, p. 212. Lire toute la lettre 5^e.

(2) D. MORNET, *Ouv. cité*, p. 117-118.

(3) D'HOLBACH, *Le christianisme dévoilé*, 1767 (Début).

l'avenir, il considère comme « une entreprise dangereuse et vaine » de vouloir refaire la vie d'un peuple quand « une fois les coutumes sont établies et les préjugés enracinés »¹. D'ailleurs quand Rousseau veut donner des conseils *pratiques*, il rédige pour les Polonais et les Corses des projets s'inspirant de cette dernière opinion. M. Tchernoff remarque que c'est là ce qui distingue ses constructions de celles de ses prédécesseurs, Hobbes et Locke par exemple, en les rapprochant des vues de Kant et de Fichte².

Ceux de ses contemporains, qui réfléchissaient réellement sur la question, sans se contenter de puiser leurs *expressions* chez des auteurs à la mode, ont avec lui considéré cette spéculation comme un divertissement d'école. (Le nombre d'éditions du *Contrat social* fut d'ailleurs petit). Montesquieu, par exemple, admet dans les *Lettres Persanes* un *âge d'or* qui aurait précédé l'établissement du gouvernement politique, et il expose au début de l'*Esprit des Lois* la théorie de l'*état de nature*. Mais il explique dans sa *Défense de l'Esprit des lois* qu'il a fait là une supposition.

Portalis semble souvent admettre les théories de Rousseau. Il parle pompeusement d'un *Contrat social* entre la Provence et la France³. Il dit au Conseil des Anciens : « Comme nous avons tous renoncé à notre indépendance naturelle pour vivre sous ces lois, les droits sont plus ou moins étendus... selon la forme de chaque gouvernement⁴ ». « Ainsi nous renonçons à notre indépendance naturelle, nous nous soumettons à des lois pour être à l'abri des violences »⁵. Mais : « l'homme existe par lui-même. La République ou l'Etat n'existe que par convention. L'homme a donc des droits qui sont inséparables de lui, qu'il porte dans la société, mais qui n'ont pas été constitués par elle. La société, au contraire, n'a été établie elle-même que pour la conservation de ces droits »⁶. Ce n'étaient pourtant là que des *phrases* destinées à faire bel effet dans les assemblées publiques, ou des images poétiques exaltant l'orgueil facile des députés. Quand il veut faire œuvre de science, Portalis intitule le chapitre 27 de son ouvrage : « De l'hypothèse d'un état absolu de nature, antérieur et opposé à l'état de société » où il en parle comme d'une « supposition qui a séduit tant de bons esprits (qu'elle) mérite d'occuper un rang distingué parmi les causes diverses de nos illusions et de nos erreurs. » Il raille définitivement les « inventeurs » du *Contrat social* et leur demande : « Existe-t-il *un seul exemple* d'une convention

(1) *Contrat social*, livre 2, chap. VIII.

(2) *Montesquieu et Rousseau*, Paris 1903, p. 40.

(3) Mémoire N° 1. Archives des B.-du-Rh. Registre C 952.

(4) *Discours sur la contrainte par corps*.

(5) *Discours sur l'établissement des tribunaux criminels spéciaux*.

(6) *Discours sur la confiscation des biens des parents d'émigrés*.

par laquelle un peuple soit devenu un peuple ? » A quoi il répond lui-même : « La société n'est pas un pacte mais un fait ».

C'est le rêve de Rousseau qu'on trouve dans ses ouvrages philosophiques, l'idéal qu'il assigne aux générations de l'avenir. Car il a confiance dans la perfectibilité de l'homme qu'il a construit, *modèle* qu'il oppose à l'homme *réel* dont il se méfie, à la « populace abrutie et stupide »¹. Il donne ce conseil à Emile : « Qu'il soit porté à estimer chaque individu, mais qu'il méprise la multitude »². Cette perpétuelle opposition entre le rêve et l'observation a bien dû faire réfléchir les contemporains. On peut rattacher les œuvres spéculatives de Rousseau à l'Utopie, née au XVI^e siècle. En comparant à l'idéal présenté le présent qu'on vit, on en aperçoit les défauts, on est amené à critiquer les institutions existantes. Mieux qu'un exposé dogmatique de réformes à faire, la *mise en vie* d'un projet idéal, à partir d'une supposition, éclaire le lecteur sur les imperfections de l'organisation qu'il subit et le stimule dans ses revendications.

Les plans de reconstruction sociale peuvent être considérés comme caractéristiques de l'époque. On ne cherche pas à *comprendre* la société réelle dont on est choqué, on ne pense qu'à la *réformer*. Pour cela, on ne tient compte que de l'homme *tout court*, « l'homme qu'a fait la volonté divine et non ce que l'art humain en a prétendu faire »³. Cet homme prétendu *naturel*, en réalité créé par l'imagination du philosophe, est *abstrait*⁴. Portalis lui oppose, en bon disciple de Montesquieu, l'homme *concret* qu'on rencontre dans la vie, celui qui compose les nations existantes, celui qui forme la *masse*, décriée par les philosophes, et pour lequel il ne serait certes pas opportun d'établir une société parfaite. Mais au lieu de le négliger, de le mépriser, comme ses contemporains, à cause de ses inévitables défauts, Portalis s'en occupe et *se sert* de ses imperfections mêmes pour montrer l'utilité d'une organisation sociale qui en tiendrait compte, et serait habilement destinée à les réprimer, à les anihiler, ou à les corriger.

Il proclame au Conseil des Anciens : « Il n'y a qu'une fausse philosophie qui puisse imaginer des institutions sans défauts et des hommes sans faiblesses. »⁵ Et c'est pour ces hommes-là, que les lois sont faites : « La morale seule suffit pour établir les devoirs. Mais l'homme naturellement sujet aux passions pouvait violer la morale. Il a fallu protéger par la force l'observance

(1) *Contrat social*, livre 2, chap. 6.

(2) Livre IV.

(3) ROUSSEAU, Préface au *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*.

(4) On peut citer à ce propos la maxime célèbre de Turgot : « Quiconque n'oublie pas qu'il y a des Etats politiques séparés les uns des autres et constitués diversement, ne traitera jamais bien une question d'économie... Il ne s'agit pas de savoir ce qui est ou ce qui a été, mais ce qui doit être. Les droits des hommes ne sont pas fondés sur leur histoire, mais sur leur nature. »

(5) Rapport du 19 Thermidor an IV, sur la *Haute Cour de justice*.

de certaines règles dont l'infraction trouble plus particulièrement la société et sans lesquelles la terre ne serait point habitable » ¹. Pour cela, on a utilisé les faiblesses elles-mêmes des hommes; ainsi, dans certains cas, la crainte : « ...Il faut dire, quand on connaît un peu le cœur humain, que la crainte a un grand empire sur le commun des hommes, qu'elle frappe l'imagination toujours plus active que la conscience, et que si elle ne réussit pas toujours à nous rendre intrinsèquement meilleurs, elle nous force souvent à le paraître » ². Dans son grand ouvrage, Portalis nie expressément la distinction de l'homme naturel et de l'homme civil : « L'homme civil n'est que l'homme naturel avec tout son développement, c'est-à-dire avec tout ce qu'il a acquis par un commerce plus étendu et plus journalier avec ses semblables, par une application diversifiée, et par un exercice plus continu de ses facultés... Au lieu de nous enquérir péniblement de ce que nous n'avons peut-être jamais été, partons du point où nous sommes et travaillons à devenir tout ce que nous devons et tout ce que nous pouvons être » ³.

Ainsi Portalis, précocement législateur, relève de sa déchéance l'homme réel que les théoriciens avaient fustigé de telle façon, que les praticiens avaient fini par *l'omettre*. Ce n'est pas la *distinction* signalée que notre auteur critiqua, c'est la *hiérarchie* dangereuse qui avait été faite par Rousseau et ses disciples, (comme d'ailleurs par ses maîtres) entre le rêve et la vie, l'idéal et le réel. Portalis visa surtout à la *réhabilitation des hommes tels qu'ils sont*. C'est pourquoi il doit symboliser à nos yeux l'effort que tenta à sa suite le promoteur du Code civil. On avait voulu admettre un *homme tel* qu'il fût réagi par la société idéale qu'on construisait. Proclamant que « les lois sont faites pour les hommes et non les hommes pour les lois » ⁴, Portalis vint réclamer pour les hommes d'un temps et d'une place, une constitution et une législation appropriées à leurs besoins généraux, bien que muables, et à leurs vœux, même éphémères.

Sa pensée, réactionnaire à l'époque, fut bientôt sanctionnée par l'œuvre de Napoléon, qui avait coutume lui-même de dire en écho : « Les lois sont faites pour les mœurs » ⁵. Et, lors du Code civil, Portalis pouvait, en accord avec tous les esprits, annoncer cette vérité : « Le législateur et les jurisconsultes... ne doivent pas se borner à recueillir et à concilier des textes épars, mais ils doivent choisir au milieu de toutes les idées et de toutes les maximes de législation qui ont été jetées dans le monde, celles qui se combinent le mieux avec les besoins de la société et le bonheur des hommes » ⁶.

(1) Discours du 24 Ventôse an V, sur *la contrainte par corps*.

(2) *Ibid.*

(3) *De l'usage...*, t. 2^e, p. 230 et 237.

(4) *Discours préliminaire*.

(5) Voir notamment : THIBAUDEAU, *Mémoires sur le Consulat*, Paris 1827.

(6) *Exposé des motifs* du projet de loi sur la vente.

VI

Nous avons voulu montrer ici la position générale tenue par Portalis vis-à-vis des penseurs de son temps. Il connaît à fond et combat les *philosophes*, car il les considère comme les causes des excès de la Révolution, par la mauvaise direction qu'ils ont donnée à *l'esprit philosophique*. En même temps, il leur ressemble étrangement, car comme eux, et malgré son expérience d'administrateur et son humanité, il met les *idées* à la base des actions et des institutions, et comme eux, il croit le progrès des connaissances destiné à développer chez l'homme la compréhension de la nature, sa moralité et partant son bonheur. Ce sont donc les *idées* qui dominent sa pensée que nous allons tâcher de classer, pour nous rendre compte de leur importance respective et de leurs rapports.

En effet, et Beudant rejoint ici exactement l'esprit de notre auteur, « les combinaisons de la politique ne sont que des expédients, de même que les faits ne sont que des symptômes; c'est plus loin, par delà les incidents ou les formules et les conflits qu'ils suscitent ou entretiennent, qu'il faut chercher la cause vraie et originaire des écarts ou des progrès de l'esprit public : c'est dans les tendances dont les événements sont la manifestation, dans les mobiles qui les provoquent ou les expliquent, en un mot dans la marche et le développement des idées directrices » ¹.

Voici le plan de notre deuxième partie :

Chapitre premier. — LE TEMPS, L'HISTOIRE, LA TRADITION.

Chapitre deuxième. — LA TEMPÊTE RÉVOLUTIONNAIRE.

Chapitre troisième. — LA NATURE.

Ces trois chapitres essaieront de grouper les préoccupations essentielles d'un penseur de la deuxième moitié du XVIII^e siècle.



(1) *Le droit individuel et l'Etat*, p. 263.

CHAPITRE PREMIER

LE TEMPS, L'HISTOIRE, LA TRADITION

« La durée est le progrès continu du passé
qui ronge l'avenir et qui gonfle en avançant. »
BERGSON.

I

L'idée à laquelle revient la place d'honneur, la doit aux circonstances qui ont entouré la production de Portalis : la Révolution française. Son attitude devant l'élaboration des choses humaines, alors peu commune, est d'ailleurs une des nombreuses conséquences de son caractère, tout de modération et de prudence, ennemi de l'instabilité et du bouleversement. Le *temps* est pour lui le plus solide instrument du progrès.

D'abord, seul le temps permet l'acceptation par la masse des conceptions qui la devançaient : « Les théories nouvelles ne sont que les systèmes de quelques individus; les maximes anciennes sont l'esprit des siècles. Sans doute, le génie peut, en communiquant par la pensée avec le bonheur des hommes, découvrir des rapports inconnus jusqu'à lui; mais le temps seul peut assurer aux productions du génie des hommages et des partisans, parce que le temps seul habitue les hommes à la conception des vérités qui étendent ou multiplient nos rapports. Le législateur, qui ne peut sans danger franchir subitement d'aussi grands intervalles, doit demeurer dans les limites que la tradition des lumières a déterminées, jusqu'à ce que les événements et les choses l'avertissent qu'il peut, sans commotion et sans secousse, marcher dans la carrière qui lui a été ouverte par le génie¹ ».

Ensuite, le temps a la vertu d'améliorer le travail de l'homme, toujours imparfait² : « C'est à l'expérience à combler successivement les vides que nous laissons. Les codes des peuples se font avec le temps; mais, à proprement parler, on ne les fait pas³ » et plus loin : « Si nous n'avons pas formellement autorisé le mode d'abrogation par la désuétude ou le non-usage, c'est qu'il eût pu être dangereux de le faire. Mais peut-on se dissimuler l'in-

(1) *Discours de présentation du Code civil.*

(2) « Il n'y a qu'une fausse philosophie qui puisse imaginer des institutions sans défauts et des hommes sans faiblesses ». *Rapport au Conseil des Anciens sur la Haute Cour de justice.*

(3) *Discours préliminaire du Code civil.*

fluence et l'utilité de ce concert indélébile, de cette puissance invisible par lesquels, sans secousse et sans commotion, les peuples se font justice des mauvaises lois, et qui semblent protéger la société contre les surprises faites au législateur, et le législateur contre lui-même ? »

Portalès rappelle que chaque conquête de l'esprit humain a demandé des efforts soutenus, avant d'éclorre : « Ah ! si nous pouvions revenir sur le passé, et voir par quels efforts plus ou moins lents, plus ou moins pénibles, nous arrivons à des solutions abstraites et intellectuelles, nous nous apercevions que nous acquérons nos idées, comme nous gagnons toutes nos autres jouissances, à la sueur de notre front » ¹.

Cette action insensible, mais féconde, des siècles pour la préparation de chaque institution, il la retrouve en étudiant l'*histoire*, « physique expérimentale de la législation » : « Quel est le peuple qui ait jamais pu se donner d'un seul jet un code entier ? Les Romains nous offrent en ce genre la plus riche collection qui ait existé : mais cette collection ne s'est formée qu'insensiblement; elle n'a pas été l'ouvrage d'un jour, mais celui des siècles; chaque philosophe, chaque jurisconsulte exercé dans les affaires, payait son tribut à la législation; l'expérience découvrait successivement ce qui était bon et utile; chaque abus indiquait une loi, et l'on parvint ainsi à faire un art de la raison publique et à créer la plus utile des sciences, celle qui régit les sociétés ² ».

S'il est ainsi une loi du devenir, une sorte de « transpiration insensible » qui fait que les œuvres humaines, de même que celles de la nature, ne s'établissent que lentement, il nous faut sans doute, quand nous voulons réaliser nous-mêmes quelque geste grandiose et durable, utiliser l'écoulement imperceptible qui nous a amenés où nous sommes, « lier le passé au présent et à l'avenir, et ne point interrompre cette tradition de lumières qui roulera jusqu'à la fin des temps, et qui peut être regardée comme l'esprit des siècles ³ ».

Il est alors amené à faire une apologie éloquente des *traditions* : « Ne méprisons pas les opinions communes; le respect que nous leur devons est le gardien fidèle des découvertes utiles, car tout ce qui est ancien a été nouveau. Il s'agit d'accroître la masse de nos connaissances par de nouvelles conquêtes, et non de répudier imprudemment le riche héritage que nous avons reçu de nos pères ⁴ ». « Jamais un peuple ne s'est livré à la périlleuse entreprise de se séparer subitement de tout ce qui l'avait civilisé, et de refaire son entière existence ⁵ ».

(1) *De l'usage...*, t. 1^{er}, p. 226.

(2) *Rapport de Portalès au Conseil des Anciens sur le divorce.*

(3) *Discours de Portalès au Conseil des Anciens sur la contrainte par corps.*

(4) *Ibidem.*

(5) *Discours de présentation du Code civil.*

Ce qu'il combat surtout, c'est « l'esprit révolutionnaire », « désir exalté de sacrifier violemment tous les droits à un but politique, et de ne plus reconnaître d'autres considérations, que celle d'un mystérieux et variable intérêt d'Etat ». Au moment où cet esprit a triomphé, « la haine du passé, l'ardeur impatiente de jouir du présent, la crainte de l'avenir, portaient les esprits aux mesures les plus exagérées et les plus violentes. La timidité et la prudence qui tendent à tout conserver, avaient été remplacées par le désir de tout détruire » ¹. Les hommes, lancés dans ce mouvement, « entreprirent de reconstruire le monde et de recommencer l'éducation du genre humain » ². « On ne parlait des coutumes et des maximes de nos pères qu'avec dédain; comment nos aïeux, qui n'avaient point fait, dans les sciences, les découvertes dont notre siècle s'honorait, auraient-ils pu connaître les vrais principes du bonheur? » ³. « Dans ce mouvement rapide, les esprits étaient disposés à tous les changements possibles; ils les sollicitaient même violemment » ⁴. D'ailleurs, « une nouveauté hardie n'est souvent qu'une erreur brillante dont l'éclat subit ressemble à celui de la foudre qui frappe le lieu-même qu'elle éclaire. Gardons-nous de confondre le génie qui crée, avec l'esprit novateur qui bouleverse ou dénature » ⁵.

Il compare avec les autres révolutions qu'il a vu passer dans l'histoire : « On changeait la distribution de l'édifice, mais on n'en brûlait pas les matériaux; on se proposait de mieux ordonner le tout, mais on n'avait pas la folle prétention de créer tout de rien » ⁶. Il pèse ses termes pour faire ces remarques pénétrantes : « On part du point où nous sommes, et on oublie ce qu'il a fallu pour nous rendre tels. On ne voit que des vérités et des maximes absolues, comme s'il y en a de telles dans la politique et la législation. On remplace par de vaines spéculations les leçons de l'expérience. Comme l'on voit la société subsister sans secousse, comme l'on voit les hommes obéir aux lois sans résistance, on est convaincu qu'ils n'obéiraient pas moins s'ils étaient plus indépendants, et qu'ils n'en seraient que plus heureux. On ne veut pas se dire que la paix et les autres avantages dont nous sommes les témoins, sont un bienfait des lois et des institutions mêmes que nous maudissons. On ne veut pas se dire que nous avons été façonnés par ces institutions et par ces lois qui, aujourd'hui décriées et affaiblies, se survivent à elles-mêmes dans les habitudes heureuses qu'elles nous ont fait contracter » ⁷.

(1) *Exposé des motifs du projet de loi relatif à la réunion des lois civiles.*

(2) *De l'usage...*, t. 2^e, p. 373.

(3) *Ibid.*, p. 376.

(4) *Ibid.*, p. 377.

(5) *Discours de présentation du Code civil.*

(6) *De l'usage...*, p. 380, t. 2^e.

(7) *De l'usage...*, p. 397.

Mais, à côté de ce respect de la tradition, de cette étude surtout et cet essai de compréhension des raisons d'être de maximes et d'institutions qui nous paraissent vieilles et peu adaptées aux mœurs et aux connaissances nouvelles, il faut faire une part à l'acceptation modérée de principes modernes : « Cependant, il faut l'avouer, il se trouve dans la durée des Etats des époques décisives où les événements changent la position et la fortune des peuples, comme certaines crises changent le tempérament des individus. Alors il devient possible, et même indispensable, de faire des réformes salutaires; alors, une nation placée sous un meilleur génie, peut proscrire des abus qui l'accablaient, et reprendre à certains égards une nouvelle vie. — Mais, alors, même, si cette nation brille déjà depuis longtemps sur la terre; si, depuis longtemps, elle occupe le premier rang parmi les nations policées, elle doit encore ne procéder à des réformes qu'avec ménagement. Elle doit, en s'élevant avec la vigueur d'un peuple nouveau, conserver toute la maturité d'un ancien peuple. On peut indifféremment porter la faux dans un champ qui est en friche; mais sur un sol cultivé, il faut n'arracher que les plantes parasites qui étouffent les productions utiles ¹ ».

En effet, le législateur ne doit point perdre de vue... « qu'il faut être sobre de nouveautés en matière de législation, parce que s'il est possible, dans une institution nouvelle, de calculer les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas de connaître tous les inconvénients que la pratique seule peut découvrir; qu'il faut laisser le bien, si l'on est en doute du mieux; qu'en corrigeant un abus il faut encore voir les dangers de la correction même; qu'il serait absurde de se livrer à des idées absolues de perfection, dans des choses qui ne sont susceptibles que d'une bonté relative; qu'au lieu de changer les lois, il est presque toujours plus utile de présenter aux citoyens de nouveaux motifs de les aimer » ².

Au fond, dans la pensée de Portalis, le plus sûr effet des traditions est de maintenir les mœurs, en réunissant les hommes autour de principes et d'institutions communes, c'est-à-dire d'une réalité profonde et irrationnelle, qui échappe à leur prise, en les dépassant par sa durée et son ancestrale grandeur : « Dans un siècle où l'imprimerie avait usé tous les bons livres, où la multitude des livres avait usé toutes les vérités, où le luxe avait usé toutes les jouissances..., où les moyens trop faciles d'acquérir et de dépenser, joints à l'impatience de jouir, produisaient des révolutions subites et continues dans les familles, dans les professions, et où, conséquemment, les hommes ne pouvaient plus, à

(1) *Discours de présentation du Code civil.*

(2) *Discours préliminaire du Code civil.*

proprement parler, être liés par des principes ou par des habitudes, à rien de ce qui existait...¹ ».

Cette conception de l'action insensible du *temps* nous fait donc passer par l'expérimentation de l'*histoire*, pour nous amener, confus et reconnaissants, devant la *tradition* souveraine. Cet enchaînement naturel dans la pensée de Portalis rejoint alors le culte de *ce qui a été* « dans tous les temps » (dont nous parlerons au chapitre sur la Nature), qui nous paraît pourtant absolument opposé. En effet, cette dernière attitude est le principe du retour plus ou moins avoué au passé, ou tout au moins celui du maintien rigide du présent, en tant qu'il répète, par son conformisme général, la formule de toujours; tandis que l'observation de l'action du temps contient en germe la justification de tous les changements, de tous les progrès, pourvu qu'ils aient été effectués lentement : sous forme de réformes, et non brusquement : sous forme de révolution.

II

Cette vision du passé n'était certes pas commune dans ce dix-huitième siècle qu'on a pu appeler le *siècle de la statique*². A ce moment, apparaît au premier plan une génération de philosophes, de naissance bourgeoise le plus souvent, de formation classique et universitaire et détachés de tout lien avec la tradition. Leur position primordiale et qui fait leur point de ralliement, est *la chasse aux préjugés*. L'esprit humain, amené si loin par la philosophie, ne doit plus être affublé d'habitudes et de croyances périmées qui pèsent sur son développement et empêchent son essor. La manière de penser et de vivre de l'homme doit être mise au niveau de sa force intellectuelle. Toute *tradition* participa dans ces conditions, à l'ostracisme que devaient subir les seuls *préjugés*. Car, comment distinguer ? Il faudra la modération d'esprit et le jugement expérimenté de Portalis pour séparer, après coup, le bon grain de l'ivraie. Mais le mouvement était donné : les traditions devaient être victimes des abus qu'elles avaient permis.

Il y a, à l'intérieur de ce désir très général vers le changement et le neuf, un sentiment central chez quelques philosophes, notamment chez Voltaire, celui de la *fixité des choses*. Il n'y a pas de transformation possible; l'univers est rigide; les espèces vivantes sont immuables; l'homme est et restera toujours le même, avec son égoïsme et ses passions. Pour libérer l'homme des préjugés qui lui font tant de tort, il ne faut pas compter sur une modification intérieure, mais sur une acquisition de lumières. Voltaire

(1) *De l'usage...*, t. 2^e, p. 370.

(2) M. BRÉHIER, dans son *Histoire de la Philosophie*, 2^e vol.

voit dans l'histoire le jeu sans cesse renouvelé des passions humaines. Chaque époque forme un tout isolé, qui n'est pas solidaire du passé. L'*histoire* semble avoir pour but, dans sa pensée, d'émanciper le présent de la tutelle des siècles : « Les temps passés sont comme s'ils n'avaient jamais été. Il faut toujours partir du point où l'on est et de celui où les nations sont parvenues » ¹. Ne voyant aucune règle de conduite à tirer de l'étude des temps anciens, il écrit dans ses *Conseils à un journaliste* : « Inspirez surtout aux jeunes gens plus de goût pour l'histoire des temps récents, qui est pour nous une nécessité, que de l'ancienne, qui n'est que de curiosité. »

Pour l'esprit de l'époque, il n'y a donc pas un développement continu et spontané de l'humanité; le présent n'est pas un *moment* d'une longue histoire, mais un composé d'éléments fixes et stables, et seul réel. On ne croit pas à une réalité transcendante, faisant évoluer le monde vers un but de bonheur pour l'homme : c'est la raison humaine qui construit ses principes et ses institutions; tout progrès est dû à l'action extérieure d'un grand règne et d'un bon gouvernement, ou à celui du pouvoir politique, conçu comme on le souhaite. Savigny exprime ainsi, en 1815 ², la survivance de cet état d'esprit : « Si, conformément à l'opinion générale, on regarde le droit civil d'un peuple comme le produit d'une volonté arbitraire, au gré de laquelle il puisse à chaque instant disparaître pour faire place à un autre, il ne tient à l'histoire du peuple et de l'Etat que par un lien bien faible, un caprice, un accident » ³.

Une autre position, traditionnelle celle-ci !, empêche les contemporains de Portalis de laisser une place à l'action du temps : c'est la croyance en des *lois naturelles* qui ont pour caractères d'être *primitives, immédiates, universelles, invariables, évidentes* ⁴. Le *retour* désirable à ces lois, comme le *retour à la nature* chanté par les poètes, posant au début des temps l'Âge d'or, les hommes n'ont pas à tenir compte des efforts successifs que l'histoire découvre. Même les « théoriciens du progrès » se rattachent à cette conception d'une nature humaine permanente ⁵. Condorcet, dans l'*Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*, ne croit pas à un développement immanent de l'esprit humain. C'est la connaissance scientifique, cultivée rationnellement, qui est susceptible d'un progrès indéfini. Ce progrès ne se fait pas tout seul : il faut à la raison une éducation appropriée, qui mette l'homme à l'abri des préjugés. Nous retombons dans le bris de toute tradition.

(1) *Traité sur la tolérance*. Comment la tolérance peut être admise.

(2) *Histoire du Droit Romain au Moyen-Age*. Préface.

(3) L'appellation d'*opinion générale* était d'ailleurs beaucoup moins juste à son moment, qu'à celui de Portalis, car la réaction était déjà déclanchée depuis quelque temps.

(4) VOLNEY, *Le catéchisme du citoyen*, éd. Colin 1934, ch. 2.

(5) « C'est dans la constitution morale de l'homme qu'il faut chercher la base de ses devoirs, l'origine de ses idées de justice et de vertu. » CONDORCET, *Esquisse...*

L'esprit général du dix-huitième siècle redoute donc le *passé*. Il utilise même l'*histoire*, conçue comme accumulation d'observations, pour le discréditer. Mais, en méprisant la *tradition*, ce « siècle enfant » comme l'appelle Faguet, croit qu'on peut manier le réel et changer la pratique d'un peuple. L'esprit pouvant être *éclairé* tout d'un coup, l'homme malheureux peut se transformer aussitôt en homme comblé. Les admirateurs de Rousseau, qui souvent ne le comprennent pas, pensent innocemment que la société peut se refaire par un bon raisonnement. On critique tout *ce qui est*, avec l'ardeur, la présomption et l'imprévoyance de l'*esprit-table-rase*.

III

L'opinion de Portalis était une originalité dans son milieu. En était-elle une à son époque ? Plusieurs auteurs, voyant en elle, avec raison croyons-nous, la caractéristique de la pensée de Portalis, mais ignorant combien il l'avait défendue déjà au Conseil des Anciens, avant son exil, ont pensé qu'il l'avait importée d'Allemagne. En effet, c'est le moment où brille de tout son éclat le *Sturm und Drang*. Lessing, pourtant inspiré de Voltaire, avait eu l'intuition profonde du *devenir*. Pour Goëthe, la nature passe insensiblement d'une forme à l'autre, par une transition continue et sans heurt. Pour Herder, le temps est le facteur qui permet peu à peu à l'humanité la construction d'un édifice à venir. L'enchaînement du temps joue donc chez ces écrivains un rôle primordial.

C'est alors que se font jour les préoccupations historiques. Au moment où Portalis séjourne en Allemagne, Herder a déjà publié depuis quelques années sa *Philosophie de l'Histoire* et Hegel mûrit la sienne. Savigny, très jeune encore, voyage et réfléchit. Par l'intermédiaire de Jacobi et de Niebuhr, avec lesquels il converse longuement dans le Holstein, Portalis a connaissance du mouvement naissant en faveur de l'étude des sources, dans leur cadre historique, et de l'examen des textes et des faits que fournit l'*Histoire*, avec la raison critique du philosophe. La voie ouverte par Hugo visant à rendre solidaires la *jurisprudence*, la *philosophie* et l'*histoire* était tout à fait conforme au vœu de Portalis.

Pour Herder, l'homme est fait pour bâtir l'avenir sur le passé, en recherchant, par l'étude historique, l'*ordre* de ce passé, son *devenir*. Hegel, qui commence sa carrière, considère l'histoire comme « la science la plus essentielle », à condition qu'on ne tienne compte que des faits, abstraction faite des commentaires des hommes. (C'est aussi l'idée de Savigny.) Il ne faut pas cependant se borner à la simple énumération de ces faits, mais dégager

des lois, de l'ensemble des événements qui changent. (Plus tard, il précisera, au même moment que les historiens de l'époque romantique française, que tous les événements de l'histoire humaine sont les manifestations d'un seul esprit, *l'esprit de l'humanité*, qui se développe à travers les siècles). Il reprend l'idée chère à Spinoza, que venait de découvrir Jacobi, qu'il y a une *destination* de l'unique et vivante nature, aux lois de laquelle doit se soumettre l'homme pour être vraiment *libre* : idée qui gît aussi derrière les multiples contradictions de Portalis concernant la nature des choses, la morale et la religion. Pour Savigny le point de vue historique « cherche à mettre en lumière le lien vivant qui rattache le présent au passé » ; il ne faut pas répudier « l'héritage le plus précieux de la science... cette continuité vivante du progrès » ¹.

Ces formules sont tout à fait semblables à celles qu'emploie Portalis (bien que celui-ci n'use jamais du terme de *vivant*, en parlant de la nature, qui est bien la marque du milieu mystico-romantique allemand !) Il y a aussi chez lui la même indécision qui est si remarquable chez les meilleurs esprits allemands de l'époque, entre le courant dans le sens du cosmopolitisme, qui, à la manière des Encyclopédistes, libéraux, visait une humanité générale, abstraite, et le courant dans le sens du patriotisme, qui rêvait de retrouver dans le passé des traditions nationales. Si, chez Lessing, l'élaboration de la tradition relevait de la *raison universelle* plus que du tempérament allemand, plus tard, le « retour à la nature » rousseauiste se changea en une volonté de revenir à la « nature allemande » (Hégel conciliera les deux courants en donnant la nation allemande pour centre d'action à « l'esprit de l'humanité ».) Chez Portalis, encore fervent adepte de la « raison commune à tous les hommes » dont nous parlerons plus loin, c'est la « *tradition française* » qui justifie le maintien des institutions anciennes.

Portalis parle souvent, dans son livre, de la philosophie allemande, qu'il connaît bien, et qu'il comprend autant que la chose était possible pour un Français de son époque. A part le « nouveau philosophisme », c'est-à-dire Kant, qu'il juge presque aussi « fou » que Fichte le « sophiste » au « comble du délire », il admire les philosophes allemands : « Gardons-nous de croire, dit-il, que les hommes raisonnables ont tous passé sous le joug des novateurs en philosophie. Les écrits de Jacobi, de Bardili, de Herder et d'une foule de philosophes estimables, prouvent que le véritable esprit philosophique pénètre chez les Allemands, comme en France et en Angleterre » ². Son fils aîné, qui l'accompagna en exil, fut couronné en 1800 par l'Académie Royale des Inscriptions et Belles Lettres, Histoire et Antiquités, de Stockholm, pour

(1) Voir sa *préface au Traité de Droit Romain*.

(2) *De l'usage...*

un discours relatif à l'Histoire et aux vertus des grands hommes qui ont fait progresser la société. Ce travail, qui exalte le rôle des « héros » de l'histoire, est absolument dans la note de l'Allemagne philosophe de cette époque. Dans ses lettres à sa mère, il parle, tout à fait à la manière romantique allemande, de « ses voyages à travers le vaste monde » (il avait alors dix-neuf ans) et traduit par des effusions lyriques le *Heimweh* qui trouble son âme.

Il n'est cependant pas possible de conclure, sauf exception de détail¹, à une influence directe sur Portalis l'Ancien de l'ensemble de la pensée allemande de l'époque, ou de celle d'une théorie en particulier², car nous avons découvert une des meilleures expressions de sa position, dans un rapport à l'Assemblée des Communes de Provence³, de décembre 1779 : « Comme l'usage mine les lois ordinaires et les modifie ou les abroge par la force d'une coutume contraire, de même l'expérience, les progressions successives des choses changent ou modifient les institutions qui tiennent à la police ou au commerce, et les rapprochent des temps et des mœurs. Cette révolution s'opère sans efforts, comme sans danger. Elle est successive; elle n'est jamais prématurée; elle ne cause aucun ébranlement. Préparée de loin par des événements qui en amènent d'autres, elle est l'effet de ce mouvement imperceptible qui anime tout dans l'ordre de la nature et dans celui de la société, qui est toujours plus fort que les obstacles, et qui n'est que la force de toutes choses à se rétablir dans leur équilibre naturel. »

Nous doutons qu'il ait eu alors connaissance du jeune mouvement allemand, qui se réduisait d'ailleurs à ce moment à une école de poètes : ceux qui allaient lui appartenir en tant que juristes étaient à peine nés, et la « philosophie de l'histoire » n'était pas encore connue (manière Herder), ni même écrite (manière Hegel). Il y a donc là, chez Portalis, une vision nouvelle des choses, qui est toute à son honneur, et dont il sera nécessaire de rechercher la véritable origine.

En ce qui concerne l'attitude devant la *tradition*, le fait même de la Révolution, avec les bouleversements et les innovations qu'elle consacrait, avait inspiré une autre catégorie de critiques de principe. Le plus important des auteurs qui aient écrit dans le but de lutter contre l'*apriorisme* révolutionnaire est incontestablement Burke. Ce philosophe anglais et homme politique très influent a publié en 1791 des *Réflexions sur la Révolution française* qui eurent un succès tel qu'on en fit dix éditions en un mois. Il vante l'Angleterre, fière que le temps ait consacré et anobli ses institutions, ses lois et ses libertés. La *continuité*

(1) L'expression que Portalis emploie dans son livre (II-92) : « *La chaîne d'or qui suspend la terre au ciel* » est herdérienne.

(2) Voir H. TRONCHON, *Entre la pensée franco-anglaise et la philosophie allemande : Les Portalis émigrés et Herder*, 1919.

(3) Archives des Bouches-du-Rhône, Reg. C 95.

légitime ce qu'elle a servi à consolider. « Nous souhaitions à l'époque de la révolution de 1668 et nous souhaitons encore ne devoir tout ce que nous possédons qu'à l'héritage de nos ancêtres. Nous avons eu grand soin de ne greffer sur ce corps et sur cette souche d'héritage aucun rejet qui ne fût de la nature de la plante originaire... Ainsi, en imitant cette marche de la nature dans la conduite de l'Etat, nous ne sommes jamais totalement neufs dans ce que nous acquérons; jamais totalement vieux dans ce que nous conservons. »

Cette façon de comprendre la nature était certes inhabituelle à l'époque. Au lieu d'en faire un principe de stabilité, et d'exemple de perfection immédiate et uniforme, il l'invoque dans sa marche lente et prudente, dans ses organismes durables grâce à leur croissance incessante¹. Mais il va plus loin, et on a l'impression, en lisant son livre, que la « nature » intervient pour légitimer tout ce qu'il trouve dans la tradition, c'est-à-dire sert de preuve à ses désirs, en quoi il ressemble à ses contemporains de France beaucoup plus qu'il ne pense. Il leur dit (sa remarque est plus psychologique que l'explication) : « Vous croyez qu'en faisant cela, vous avez vaincu un préjugé, vous vous trompez : vous avez déclaré la guerre à la nature » et il les juge : « ... Vous aviez les éléments d'une constitution aussi bonne qu'on pouvait la désirer, mais vous avez préféré tout refaire à neuf, comme si vous n'aviez jamais été civilisés. » Ces paroles rejoignent également la pensée de Portalis, qui parle avec sympathie dans son livre des ouvrages de Burke.

IV

L'origine de la pensée de Portalis doit être cherchée d'une part dans la direction de son caractère, d'autre part dans ses lectures préférées. Il suffit de connaître cet homme bon et sincère, son respect religieux pour tout ce qui entoure de beauté et de grandeur l'humanité chétive, sa reconnaissance spontanée pour la moindre offrande, la marque de confiance ou d'estime la plus naturelle, il suffit d'être entré, ne fût-ce que quelques instants, dans l'intimité de son cœur juste, de sa volonté droite, pour comprendre que son premier mouvement fut la gratitude. Gratitude pour l'apport fécond des siècles oubliés, pour les institutions qui ont permis l'éclosion de choses utiles, pour les traditions qu'il voyait sereines autour de lui, et respectées.

Mais quand, son horizon s'élargissant, son expérience mûrissant, il aperçut les injustices consacrées par les siècles, les mal-

(1) Portalis, quelques années plus tard, dira de même : « Imitons la nature qui ne produit rien par secousse et qui n'use de ses forces qu'avec épargne. » (*Rapport au Conseil des Anciens* du 9 Messidor, an V).

heurs permis par les institutions, les erreurs qu'on sanctionnait au nom des traditions, la révolte lui donna le courage d'exprimer son opinion et l'enthousiasme qui la fit quelquefois triompher. C'est seulement l'*abus* qu'alors il attaqua, et son caractère modéré en toutes choses lui fit connaître l'art de rester toujours entre les extrêmes, d'absoudre les traditions des méfaits commis par les préjugés, de soulever les institutions au-dessus des crimes des individus qui les désolent, de défendre en somme le passé dans sa continuelle histoire contre la hache des impatients.

Pénétré dans sa jeunesse de ces grands principes qui sont ceux qu'il défendra dans toute sa carrière, il trouva dans ses lectures des modèles à méditer. Il a lu avec ferveur les grands docteurs du Moyen Age, dont il adopta sincèrement, avec beaucoup de ses contemporains d'ailleurs, les théories sur l'alliance de la raison et de la foi. Parmi les précurseurs, St Augustin lui montrait, malgré son platonisme, le temps intervenant nécessairement dans toute entreprise des créatures, car, pour lui, Dieu seul est éternel, et l'esprit, tout supérieur qu'il est au corps, est chose créée, chose changeante; il s'écoule sans cesse. Bossuet, dont il devait s'inspirer dans ses théories gallicanes, avait insisté sur la nécessité de mettre les événements « dans leur place, sans y regarder autre chose que l'ordre des temps » et il avait aperçu l'utilité des études historiques pour former l'expérience d'un prince : « Vous verrez aussi l'enchaînement des affaires humaines, et par là vous connaîtrez avec combien de réflexion et de prévoyance elles doivent être gouvernées »¹. Portalis le célèbre en ces termes : « Bossuet est le premier parmi nous qui, dans son éloquent discours sur l'Histoire universelle, a porté l'esprit de combinaison et de lumières dans la recherche et le rassemblement des faits historiques; c'est le premier qui a su s'élever à ces grandes règles, d'après lesquelles un historien doit comprendre *dans sa pensée tout ce qu'il y a de grand parmi les hommes, et tenir, pour ainsi dire, le fil de toutes les affaires des peuples de l'univers.* » Enfin Montesquieu, dont nous aurons toujours à noter l'influence, conciliait le passé, qu'il admirait, avec les réformes qu'il préconisait.

Mais c'est surtout à ses études juridiques qu'il faut se reporter pour comprendre, sur le fait qui nous occupe, la formation de la pensée de Portalis. Comme ses contemporains, ayant fait leurs études au milieu du siècle, il fut nourri de la gloire du temps : Pothier, du précurseur longtemps négligé : Domat, et aussi des maîtres du seizième siècle. S'il dut sa grande érudition aux travaux du premier, il emprunta aux derniers les vues philosophiques et le souci historique. Jean Bodin qui estimait que l'histoire pouvait avoir une utilité *pratique*, tirait de l'*expérience*

(1) *Discours sur l'Histoire universelle*. Avant-propos.

historique l'idée que « les changements soudains sont périlleux »¹ et qu'il fallait, au contraire, « suivre aux gouvernements et républiques, ce grand Dieu de nature, qui fait toutes choses petit à petit et presque insensiblement. » Il remarquait que le Royaume de France brillant par sa permanence², les corrections nécessaires doivent être faites par évolutions plutôt que révolutions³. Cujas a encore plus fortement et surtout plus consciemment contribué à dégager de leur chaos les grands principes inclus dans les textes et les faits historiques encore applicables à son époque. L'Ecole historique allemande, bien loin d'inspirer Portalis, n'a fait elle-même que retrouver les buts poursuivis par l'Ecole historique française du seizième siècle.

Comment expliquer alors que Portalis ait été si seul à représenter l'idée cujacienne, que les jurisconsultes de son temps avaient pourtant contemplée comme lui, longuement ? C'est qu'elle était déjà assez « traditionnelle » pour faire partie, en première émission, de ce passé gênant qu'on voulait rejeter globalement. Seuls ceux qui avaient fondé sur elle leur philosophie furent assez éclairés pour ne pas chercher à se séparer, indélibérément, de tout ce qui leur avait été enseigné. Mais, l'esprit contraire fut souvent assez persuasif, à force de s'étendre, pour faire s'éloigner passagèrement la préoccupation historique de la pensée de jurisconsultes comme Cambacérès, pourtant bien préparés à la défendre.

Car, si la *volonté novatrice* avait conquis entièrement l'opinion, le *procédé révolutionnaire* mit lui-même du temps à s'implanter dans les faits. M. Sagnac⁴ schématise les deux courants de l'époque sous les noms d'*esprit philosophique* et d'*esprit juridique*. Les légistes, familiers avec les lois qu'ils ont appliquées pendant toute leur vie, en deviennent bien souvent les esclaves. Les philosophes, au contraire, ne s'embarrassent pas de dogmes, qu'ils critiquent, et ils cherchent à *réaliser* l'idéal de justice que leur raison conçoit. Ils veulent façonner les lois *immédiatement* tandis que les juristes recherchent avec prudence la *transition* et la *conciliation*. Les Révolutionnaires furent à la fois des philosophes et des légistes. Décidés aux réformes, ils avaient été *praticiens*. Si leur *désir* fut tout tendu vers le changement, les tendances les plus profondes de leur esprit, nées des *habitudes*, veillèrent sur le passé, et amenèrent dans leurs actes une réticence qui les étonna, car ils n'en comprirent pas l'origine.

On peut voir *dans les faits* les résultats de la combinaison inavouée du courant malgré soi senti et subi, qui tenait compte du poids du passé, avec la direction des esprits qui attribuait la structure d'une société à l'arbitraire humain. Il faut distinguer à

(1) *Les 6 Livres de la République*, liv. IV, ch. II.

(2) *Méthodus*, ch. VII.

(3) Voir l'article de M. Henri SÉE, *Revue historique*, mai-juin 1935.

(4) *La Législation civile de la Révolution*, Paris 1899.

ce point de vue, comme le fait M. Sagnac, plusieurs étapes dans la Révolution. A l'Assemblée Constituante, l'esprit juridique *tempère* l'esprit philosophique. Les membres de l'Assemblée voudraient bien accomplir sans hésiter les grandes réformes sociales mais « ils se sentent inquiétés et troublés par la nécessité des circonstances, par le respect de l'ancienne jurisprudence » ¹. A la Législative, on se libère; on tire sans crainte des principes leurs conséquences. A la Convention, l'esprit philosophique triomphe. Les *individus* sont matés par l'*esprit général*.

Cette évolution s'explique naturellement par les circonstances. Les philosophes, qui avaient pourtant jeté dans l'opinion l'attitude révolutionnaire, ne s'étaient pas rendu compte de ce que pouvait en être la réalisation. Mais nous avons montré plus haut, par l'exemple de Mably, de Rousseau et des autres, la différence qu'il y a chez les penseurs de l'époque, entre la *spéculation* et les conseils *pratiques*, qu'on est étonné souvent de trouver modérés et conciliants. Les Encyclopédistes eux-mêmes furent effrayés des conséquences qu'on tirait de leurs principes. « Les philosophes, affirme Morellet, n'ont voulu ni faire tout ce qu'on a fait, ni l'exécuter par les moyens qu'on a pris, ni l'achever en aussi peu de temps qu'on y en a mis » ². Mais les Révolutionnaires, aux prises avec les événements, furent forcés d'agir. La décision brutale, le parti-pris de présomptueuse puissance, bien que dépassant les recommandations des philosophes dont ils trahissaient ainsi l'*esprit* pour *appliquer* des principes exposés comme *théoriques*, étaient les conditions nécessaires d'une Révolution qui n'eût rien donné « si l'on n'eût pas pris tous les grands décrets d'assaut comme la Bastille » ³. En effet, comme le dit Beudant, « les peuples dont les institutions ne sont pas réformées à temps subissent cette fatalité : poussés tôt ou tard à rompre brusquement avec le passé, ils sont jetés pour leur malheur hors des voies de l'expérience progressive, dans les hasards du rationalisme » ⁴.



(1) SAGNAC, *Ouvr. cité*, p. 382. Voir A. ESMEIN, *Histoire du Droit français entre 1789 et 1814*.

(2) Cité par MORNET, *La Pensée française au 18^e siècle*, p. 118.

(3) DURAND-MAILLANE, rapporté par SAGNAC, *ouvr. cité*, p. 44.

(4) *Le Droit individuel et l'Etat*, Paris 1891, p. 132.

CHAPITRE DEUXIEME

LA TEMPETE REVOLUTIONNAIRE

« Il me semble que les partisans de la liberté sont ceux qui détestent le plus profondément les forfaits qui se sont commis en son nom. Leurs adversaires peuvent sans doute éprouver la juste horreur du crime; mais, comme ces crimes mêmes servent d'argument à leur système, ils ne leur font pas ressentir, comme aux amis de la liberté, tous les genres de douleurs à la fois ».

MADAME DE STAEL.

(De l'influence des passions..., p. 115).

Quelle fut exactement la position de Portalis devant la Révolution ? Nous avons vu combien toute sa personne : la courbure de son esprit, si respectueuse du passé, son éducation de juriconsulte, était opposée au *procédé* révolutionnaire. Mais son âme ardente et compatissante, amie de l'évolution sociale et du progrès individuel, le faisait adhérer à la plupart des *buts* indiqués par les révolutionnaires. S'il continua, en tant qu'homme, à s'élever contre les cruautés; quand la Révolution fut devenue un fait, il s'inclina devant la nécessité. Puis, lorsque le temps fut venu où il sentit qu'il *pouvait quelque chose* dans la reconstruction de l'édifice, il collabora à son œuvre. Nous retracerons successivement ces différents aspects de la pensée de Portalis, que Sainte-Beuve juge ainsi : « Portalis était de ces esprits sages, amis d'une tradition progressive et d'une innovation légitime, qui croient qu'on peut étendre, sans la briser, la chaîne du passé, et qui ne résistent que là où ils voient qu'elle ne s'y prête plus. Par malheur, dans l'histoire, jamais les choses ne se sont conduites selon le vœu et le conseil de cette classe d'esprit : les nations, et surtout la nôtre, ne marchent qu'en brisant et rompant de temps en temps avec leur passé. Les esprits comme Portalis servent du moins, quand le pas est fait qu'ils n'auraient pas voulu, à rejoindre et à renouer la chaîne » ¹.

(1) *Causerie du Lundi*, 1^{er} mars 1852

SECTION I. — LIBERTE, EGALITE, FRATERNITE

Portalis était non seulement *favorable* aux « réformes », mais il entra vaillamment dans la lutte pour faire triompher la *liberté* et l'*égalité* dont il se souciait à maints points de vue : celui du *croquant*, respectueux de l'homme « agent libre, qui se conduit avec discernement et avec choix, et qui est, en quelque sorte, sa propre loi à lui-même »¹; celui du *publiciste*, disciple de Montesquieu; celui du *Provençal*, fier des libertés politiques de sa « patrie » par rapport à la « domination française » et de l'égalité qu'elle consacrait entre ses « nationaux ». Ses opinions démocratiques étaient à ce point connues, qu'au moment de la convocation des Etats Généraux, la voix publique le désigna comme député. Peu soucieux de rivalités personnelles, et de campagne électorale, il s'effaça devant Mirabeau, dont l'influence active dominait la Provence.

I

La première démarche publique de Portalis contre les *abus* dont son siècle était coupable fut celle en faveur de la *liberté de conscience*. Elle est, en effet, « la source et comme l'appui de toutes les autres »². La *Consultation sur le mariage des Protestants en France* montra l'humanité de son auteur, âgé de vingt-quatre ans, et son amour de la justice : « Avant tout, il faut être juste, y dit-il, et l'on pensera ensuite à être prévoyant. » Après avoir distingué, comme choses très différentes, l'Edit qui *n'autorise* qu'une religion dans un Etat, et la *persécution* pour faire adopter la religion dominante, il s'écria : « Mais, en proscrivant ce culte, on ne pouvait ignorer... que les hommes ne changent pas de religion aussi promptement que le prince publie l'ordonnance qui les invite à embrasser une religion nouvelle; que la conversion du cœur ne peut être que l'ouvrage de Dieu; que l'on devait conséquemment des ménagements aux personnes, quoiqu'on ne crût plus devoir tolérer la profession publique de l'erreur. » Il exposa en catholique éclairé les principes de la *liberté religieuse* : « La religion agit sur les âmes. A ses yeux, il n'y a de véritable foi que celle qui part du cœur. Dieu, maître de l'univers, n'a pas

(1) *De l'usage...*, I, p. 49.

(2) BEUDANT, *ouvr. cité*, p. 65.

besoin d'hommages forcés. Il n'exige pas qu'on le confesse avec contrainte. Il veut qu'on se rende digne de lui. La force humaine pourrait-elle être justement et utilement employée par une religion qui ne veut gouverner que *dans l'ordre du mérite et de la liberté* ? — Le despotisme sur les âmes est un genre de domination que les lois civiles ne connaissent pas et ne peuvent jamais connaître. On ne peut raisonnablement se promettre de forcer la conscience et *le retranchement impénétrable de la liberté du cœur* (Fénelon). Dieu seul est le roi des âmes. Nul autre ne peut les changer. »

Il eut à continuer plus tard cette campagne, mais en sens inverse, devant défendre les prêtres catholiques au Conseil des Anciens. Il s'exprimait ainsi sur la *liberté de la pensée* : « On peut n'être pas intimement convaincu de la bonté d'une loi, sans conspirer contre elle. — Un citoyen n'est pas libre de ne pas conformer ses actions aux lois, mais il ne leur est pas comptable de ses pensées; il peut être forcé d'obéir, et non de croire, l'empire sur les âmes est un genre de domination que les gouvernements humains ne connaissent et ne peuvent pas connaître. — Sans doute, nous pouvons refuser notre confiance, à l'homme qui nous refuse son assentiment; mais il n'y a que des délits précis et prouvés qui puissent nous autoriser à lui infliger des peines. »

Ceux des contemporains de Portalis qui réclamaient la liberté religieuse, le faisaient la plupart du temps dans un tout autre esprit que notre auteur. La lutte contre l'autorité poursuivie victorieusement par la raison cartésienne avait eu pour résultat, certes bien inattendu par ses promoteurs, de ruiner la religion révélée au profit d'une religion « rationnelle » ou « naturelle ». Le « déisme » fondant les cultes dans une vague religiosité, rendait les *philosophes* indifférents aux particularités des diverses pratiques, que pas mal considéraient déjà comme des « absurdités ». Leur tolérance, étant de l'indifférence, n'avait par suite aucun mérite. Les *matérialistes*, introduisant alors l'athéisme, *se servirent de la tolérance contre la religion*. Portalis, au contraire, luttant pour la liberté des cultes, était animé de deux sentiments plus vifs et aussi plus désintéressés. Par le premier, il rejoignait Bodin, pour qui, deux siècles auparavant, la liberté de conscience était un *droit individuel*, qui devait être réclamé au nom de la *justice*. Par le deuxième, il retrouvait le *discours du juif portugais*, où Montesquieu expose des arguments puisés pour une part dans les principes du *christianisme*.

C'est dans cet esprit que, lors du couronnement de ses efforts, après avoir mené le Concordat et exaucé les vœux des fidèles des autres cultes, il conseillait les prêtres chrétiens : « Les mesures de rigueur, leur écrivait-il, aliènent les esprits sans les éclairer. Avec la douceur et la patience chrétienne, vous obtiendrez tôt ou tard ce que la force n'obtiendrait pas. Des exemples salutaires sont les vrais moyens de propager la religion en la faisant aimer.

Votre zèle est louable, mais vous devez avoir égard aux faiblesses humaines, et ne vous distinguer que par votre charité. C'est la charité qui a conquis le monde au christianisme. »

La conséquence, c'est la *liberté de la presse*. L'avis de Portalis n'ayant pas varié sur la question, nous citerons son discours au Conseil des Anciens consacré aux « délits de la presse », qui est, en son genre, un chef-d'œuvre. On y trouve les maximes suivantes : « La liberté de la presse est la faculté de manifester, sans aucune gêne, ses sentiments et ses idées par la voie de l'impression. — On ne peut contester à un être intelligent, l'usage de son esprit, de son jugement et de sa raison. Le droit de communiquer à autrui ce que l'on pense et ce que l'on sent, est attaché à la nature d'un être sociable. — Tout homme peut donc penser, parler et écrire librement. — La voie de l'impression n'est qu'un moyen de plus offert à la raison humaine pour se développer et se produire. » « On objecte que cette liberté a ses inconvénients; on en conclut qu'il faut la restreindre. Mais elle a aussi ses avantages : pourquoi ne pas en conclure qu'il faut la respecter ? » « Partout où il y a des mœurs et des lois, je demeure arbitre de ma vie, de mes actions, de mes biens, sans éprouver aucune gêne inquiétante dans l'exercice de mes droits, et sauf seulement de répondre de mes contraventions et de mes délits. Or, ma vie, mes actions et mes biens, ne sont pas plus à moi que ma pensée. Pourquoi donc ne pourrais-je pas produire et publier ma pensée aussi librement que je puis user de mon existence, exposer ma vie et disposer de ma fortune ? » Il dit, à propos de la censure, qu'un projet voulait rétablir : « Quel est l'homme dont la raison peut être proposée comme devant être la règle et la mesure de celle de ses semblables, libres et intelligents comme lui ? » Il rappela les bienfaits de l'imprimerie, qui « a donné des ailes à la pensée ». Il défendit *les sciences et les lettres* « ornement et flambeau du monde » contre les « paradoxes de quelques écrivains célèbres ». Le passage se termine ainsi : « Pour que les nations et les peuples s'éclaircissent il faut que les esprits aient un libre essor. Si la liberté ne donne pas le génie, la servitude l'étouffe. Rétrécir le domaine de la pensée, y arrêter la communication des lumières par une inquisition soupçonneuse, ce serait attenter à l'ordre éternel de la création, en cherchant à rendre inutile le plus beau présent que la divinité ait pu faire aux hommes, celui de la perfectibilité, qui n'est pas seulement le caractère propre de chaque individu, mais celui de l'espèce entière. »

Il remarqua, avec toute son expérience : « En règle générale, les écrits quels qu'ils soient, ne produisent jamais par eux-mêmes une explosion subite; ils n'opèrent qu'insensiblement sur l'opinion. On peut toujours arrêter ou modérer leur influence. Pour un gouvernement sage et attentif, ce sont même des fanaux salutaires qui marquent les dangers. » Mais, à cette liberté même, doit correspondre une *responsabilité* : « Quand un citoyen produit et

publie ses sentiments et ses idées par des écrits, pourquoi ne serait-il pas comptable de cette publication, et à ceux de ses semblables qu'elle peut particulièrement intéresser, et à la société entière ? » Il critiqua cependant le projet qui proposait une loi particulière sur les délits de presse : « C'est comme si, en matière d'assassinat, on proposait une loi sur les délits du sabre ou du pistolet. Il est défendu d'assassiner; l'instrument qui sert à commettre le crime n'en change pas la nature. » Il conclut avec emphase : « Que les écrivains éclairés et généreux ne se découragent pas. Nous leur dirons : Allez en avant, vous qui pouvez répandre des torrents de lumière sur toutes les questions importantes qui sont agitées dans les Conseils de la nation. Allez en avant, vous qui avez le courage de proclamer la vérité et de combattre les injustices ou les abus du pouvoir. Allez en avant, vous qui, par vos vœux et votre patriotisme, méritez d'être associés à l'esprit de la législation, lors même que votre situation ne vous permet pas de concourir aux lois par vos suffrages; vous qui êtes véritablement faits pour préparer nos travaux et en partager la gloire; vous enfin, qui semez journellement dans la société des maximes salutaires, des idées heureuses, des instructions et des plans dignes de la patrie et des meilleurs siècles. Mais souvenez-vous, dans la carrière périlleuse que vous parcourez, que, si jamais vous abandonniez la grande pensée du bien public, pour vous livrer à des affections ou à des haines particulières, vous immoleriez la patrie au lieu de la servir; souvenez-vous qu'étrangers aux factions, vous ne devez vous armer que pour les combattre; souvenez-vous que l'esprit de parti rétrécit l'âme, et que l'esprit d'injure dégrade le talent. Souvenez-vous qu'il y a autant de lâcheté et de faiblesse à blâmer toujours l'autorité, qu'il peut y en avoir à l'encenser toujours, et que les flatteurs d'un public inquiet et malin sont aussi vils et dangereux que les flatteurs des cours les plus corrompus. Vous exercez la plus indépendante des magistratures; mais ce n'est que par votre conduite sage et modérée que vous pouvez justifier votre mission. On n'est grand que quand on est utile. Il faut être libre avec les lois, jamais contre elles. »

II

Assesseur d'Aix, il prit part au mouvement des idées économiques en luttant plus d'une fois pour la *liberté du commerce et de l'industrie* : « La véritable manière dont une administration sage doit favoriser les manufactures et le commerce est de ne mettre aucune entrave à la liberté légitime du commerçant, de protéger cette liberté contre l'abus des privilèges, contre les vexations des corps établis en jurande et contre le danger des

rivalités. Le commerce se fait jour partout où on le laisse respirer; il est à lui-même son plus sûr encouragement »¹. Il donnait la Provence comme exemple d'« administration sage » : « La Provence, déterminée au commerce par la stérilité de son territoire, jouissait, sous ses anciens Comtes, de la liberté d'exporter et de vendre à l'étranger ses marchandises et ses denrées sans payer aucune sorte d'imposition. Ce que le Prince perdait de tributs, en assurant à ses peuples une franchise entière, était singulièrement compensé par les avantages qu'il trouvait dans la richesse industrielle de la République. » Mais, « la liberté entière d'exporter, que la loi positive assure au peuple provençal, la loi naturelle la donne à tous les peuples et il n'en est aucun auquel on ne doive la communiquer pour l'intérêt du souverain et de l'Etat ». Exiger le *droit de foraine*, « c'est traiter en étrangers les sujets d'un même souverain, c'est gêner le commerce intérieur qui doit être essentiellement libre, c'est intercepter la communication qui doit vivifier toutes les parties de l'Etat »².

On voit à quel point les revendications des administrateurs éclairés rejoignaient celles des « Economistes », pour qui le monde ira de lui-même, si on confie les intérêts de la société à la liberté. C'était une réaction générale, nécessairement provoquée par les réglementations exagérées et les applications fiscales du mercantilisme. De même, les progrès apportés par les *physiocrates* étaient acceptés facilement par Portalis, en ce qui concernait la *monnaie* : « L'argent est le signe de toutes les valeurs »³. De même encore, nous verrons l'influence de leurs théories sur l'*ordre naturel*, qui déteignent curieusement sur les conceptions juridiques de Portalis⁴. Mais celui-ci savait les combattre, et ses critiques ne manquent pas de justesse. Ainsi Portalis s'éleva dans son livre contre « l'impôt unique », en citant à l'appui de sa réfutation, l'administration de la Provence, qui « faisait peu de bruit, parce qu'elle était bonne », car « en la mettant en opposition avec la doctrine des économistes, je me suis proposé, non de répondre à des raisonnements, mais de combattre les principes mal assurés d'une théorie trop absolue, par les sages leçons et par les heureux résultats d'une expérience de plusieurs siècles »⁵.

Portalis se séparait nettement surtout des physiocrates, par l'étendue qu'il donnait au terme de *liberté*. La *liberté économique* était liée chez eux, comme chez lui, nous le verrons, à la *propriété*, dont elle rendait l'exercice possible, ainsi qu'à la *sûreté* qui en était la condition. Cependant, ils dédaignaient âprement la *liberté politique*. La *sûreté* étant pour eux une « autorité tutélaire qui veille sur tous tandis que chacun vaque à ses affaires », ils

(1) Rapport à l'Assemblée générale de Lambesc, 20 nov. 1780. Arch. des B.-du-Rh., C. 95.

(2) Mémoires 1779-1780, N° 10, Arch. des B.-du-R., C. 952.

(3) Discours préliminaire du Code civil.

(4) Voir *infra* : Chapitre 3°, sect. I.

(5) De l'usage..., II, p. 320.

recommandaient un *despote légal*, qui devait être le seul organe d'expression des lois naturelles, pour que « son autorité souveraine soit unique et supérieure à tous les individus de la société et à toutes les entreprises injustes des intérêts particuliers » ¹. Mais, le terme de despote légal proposé par Mercier de la Rivière ², dont Portalis avait lu attentivement l'ouvrage, indignait notre libéral, comme ses contemporains, qui n'y voulaient voir que le despote tout court. La notion, dit Portalis, « impliquerait contradiction jusque dans les termes, car le mot *despote*, qui annonce le fléau de l'humanité, devait-il jamais être placé à côté du mot *légal* qui caractérise le règne bienfaisant des lois ? » ³ Il faut dire, d'ailleurs, à la décharge des physiocrates, que leurs doctrines étaient liées en un *système*, dont les lecteurs détachaient des fragments particuliers, qu'ils critiquaient en eux-mêmes, sans se référer à l'ensemble, ce qui les portaient parfois à l'injustice.

Quoi qu'il en soit de ces critiques de détail, Portalis donna plus tard place aux mêmes considérations d'ordre économique dans son livre *De l'usage...* où, se rapprochant particulièrement cette fois des théories d'A. Smith, il fit de l'industrie *libre* ce vivant tableau : « L'industrie est l'âme d'un Etat. Malgré les dons spontanés de la nature, nous sentons la nécessité de nous procurer une multitude de choses qu'elle nous refuse, et nous ne pouvons nous passer des ressources de l'art, du travail et du génie. C'est l'industrie qui vivifie tout; c'est elle qui nous empêche de manquer du nécessaire et qui donne un prix au superflu; c'est elle qui rétablit l'équilibre entre les contrées fertiles et celles qui le sont moins. — Mais cette industrie si bienfaisante veut, par un juste retour, jouir d'une entière indépendance. Délicate et ombreuse, tout ce qui gêne ses opérations, ses caprices même, la captive et la blesse. Si elle peut être soumise à des subsides, ce n'est qu'à cette imposition détournée et indirecte, qui se paie insensiblement par la consommation. Le tribut qui a directement l'industrie pour objet l'offense. Celui qui l'évalue la révolte. Tantôt, elle ne veut point être aperçue, et tantôt elle cherche à donner une grande idée d'elle-même. Ses prétentions varient ainsi que ses intérêts. Vouloir les fixer, c'est lui donner des chaînes, et comme ses talents ne sont point dépendants du sol, elle échappe aux Etats qui veulent la subjuguier » ⁴.

III

Ce faisceau de libertés supposait donc, dans l'esprit de Portalis, la *liberté politique*. Il défendit celle-ci, avant la Révolution,

(1) QUESNAY, *Maximes*.

(2) *De l'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques*, 1767.

(3) *E. des M. du projet de loi sur la propriété*.

(4) *De l'usage...*, II, p. 337.

tout d'abord comme *liberté collective*, celle de sa province, qui n'était pas un corps *dans* l'Etat, mais un Etat lui-même autonome, autrefois gouverné *souverainement* par les Comtes de Provence. Il fut réuni à la couronne de France, par le testament de Charles d'Anjou « dernier comte de Provence » du 10 décembre 1481. Louis XI accepta solennellement les conditions du testament, pour lui et pour ses successeurs. La *liberté administrative* du pays restait complète. L'institution des « Procureurs du Pays », établie par un statut de 1480, était conservée. Ces administrateurs eurent, jusqu'à la Révolution, la « puissance exécutrice ». « On crut, dans la suite, que les cinq Procureurs du Pays, sur qui roulait l'administration entière, n'oseraient souvent terminer ou suivre certaines affaires, *sans assembler les Etats*, et qu'il était essentiel, pour prévenir *grande longueur et dépense*, de rendre à la nation la liberté de députer annuellement certaines personnes, choisies dans les trois ordres, qui pourraient être appelées dans les occasions instantes et graves et qui seraient admises dans ces occasions, à voter *pour le bien de la chose publique*. En conséquence, par lettre patente du 8 mai 1543, les Etats furent autorisés à députer pour chaque année un Prélat, deux de la Noblesse et trois Consuls des Villes » ¹. Ce furent les « Procureurs du Pays joints ».

Mais, « les libertés et les franchises d'un pays ne sont le patrimoine privé d'aucun citoyen en particulier. Elles appartiennent à tous. *Les lois sont le riche héritage des Nations, comme la couronne est l'héritage des Rois* » ². Par l'organisation politique de la Provence, c'étaient les *Provençaux* qui étaient *libres*. Les *communautés* particulières des villes provençales, sœurs des italiennes, avaient conservé des pouvoirs étendus; elles jouissaient notamment de « la faculté précieuse de choisir la meilleure manière de perception qu'elles trouveront bon » ³. Le rôle des *Assemblées de Communautés* était énorme par rapport au pouvoir central. Par exemple, en matière fiscale, où le Tiers Etat était donc le maître : « Dans les Provinces qui ne sont pas Pays d'Etats, l'Edit bursal est directement adressé aux Cours dont l'enregistrement renferme tout à la fois et la vérification de la loi et l'acceptation présumée du Peuple. Dans les autres Provinces, où le peuple est constamment représenté par des assemblées nationales, l'Edit bursal demeure aux termes d'une simple demande, jusqu'après la délibération de ces assemblées. Il peut être modéré, réduit, converti en un autre genre de subsides, suppléé par des dons ou par des contributions équipollentes, et même retiré entièrement. Le Ministère des Cours n'intervient que pour assurer par l'enregistre-

(1) *Consultation sur les Procureurs du Pays*, signée par Portalis, Pazery, Pascalis et Bartet, délibérée sur la demande du *Conseil général* de la Communauté de la ville de Grasse, le 10 oct. 1784. Archives des B.-du-R. C. 2059.

(2) *Mémoires* 1779-1780, N° 1.

(3) *Rapport* de Portalis à l'Assemblée générale de Lambesc, du 9 décembre 1779.

ment l'exécution de l'Edit accepté, et la police qui doit être gardée dans les détails de cette exécution » ¹.

Il faut citer un passage caractéristique de ses rapports, où Portalis veut montrer à la France les avantages de la liberté politique, par l'exemple de la Provence, à l'intérieur de laquelle elle régnait. « En Provence, dit-il, une communauté qui croit être dans la fâcheuse nécessité de plaider est soumise à des formes qui paraissent écarter tout danger et toute crainte... Les administrateurs de la province mettent journellement à profit la sage lenteur de ces formes pour engager les parties à terminer les différends par la voie de la conciliation ou pour assouplir des contestations qui ne sont jamais poursuivies quand on laisse calmer la fermentation qui les poussait. — Si, malgré la vigilance des lois, l'attitude soutenue des chefs, quelques communautés sont dans l'agitation et dans le trouble, les maux passagers ne vont jamais jusqu'à compromettre la prospérité publique. Ils sont inévitables dans une nation libre. Il faut pardonner à l'effet en faveur de la cause. — Les procès, les dissensions ne sont pas les vrais malheurs des peuples... Quand les hommes sont écrasés sous le joug, quand ils ne possèdent rien, quand ils dépérissent, la tranquillité s'établit. Mais c'est la tranquillité de la mort, plus destructive que nos guerres municipales... L'expérience justifie que presque tous ces mouvements intérieurs sont des crises salutaires qui maintiennent ou rétablissent l'équilibre... La liberté fait de grands biens et de petits maux. Les faibles inconvénients dont on se plaint sont inséparables du principe créateur de toutes nos ressources. Si parmi nous, quelques particuliers peuvent devenir dangereux, c'est que tous peuvent être utiles. L'influence qu'a chaque père de famille dans l'administration publique entraîne quelquefois des partis, des divisions, des cabales; mais elle fait aussi que les âmes conservent du ressort et du nerf dans toutes les conditions, que l'humanité est partout honorée, et que l'on trouve des hommes, des citoyens, des administrateurs modernes jusque dans la dernière classe des sujets » ².

Portalis avait donc son opinion fermement assise. Il se trouva prêt à réagir, quand les maladresses du pouvoir royal vinrent faire trembler les bases de l'organisation judiciaire, qu'on en était venu, surtout à Paris, à considérer comme un rempart des libertés du peuple. Dans la *Lettre au Garde des Sceaux*, rédigée au nom du Barreau d'Aix, il rappelle que le roi, investi de l'autorité législative, ne l'a jamais exercée sans le concours des Etats Généraux ou des Parlements en leur absence, si bien que confier ce droit de contrôle à une Cour plénière unique placée sous la main du pouvoir royal revient à « substituer à une liberté sérieuse une

(1) *Mémoires*, 1779-1780, N° 5.

(2) *Délibérations et rapports aux Etats et Assemblées générales des Communautés*. Assemblée générale de Lambesc. *Rapport de Portalis* du 20 novembre 1780.

garantie illusoire ». Il reproche aux Edits de changer, sans l'assentiment de la nation, les règles constitutionnelles du royaume et de substituer le bon plaisir à la loi. Dans un ouvrage plus étendu et personnel, l'*Examen impartial des Nouveaux Edits*, qui est une œuvre politique de premier ordre, il expose l'ensemble de son libéralisme. Il y étudie l'étendue des droits respectifs du roi et du peuple, en partant de la nature du pouvoir royal et de la liberté inaliénable de la nation. Il repousse la théorie du gouvernement de droit divin, l'infailibilité et la plénitude d'autorité : « Le Monarque a l'exercice du pouvoir législatif, mais la Nation en conserve toujours la propriété ». « Un souverain législateur ne doit jamais perdre de vue que son autorité n'est proprement qu'un mandat; qu'elle a été établie par les hommes et pour les hommes, et que par conséquent il est comptable de l'exercice qu'il en fait, à la nation qui l'a expressément ou tacitement reconnu pour chef. » En conséquence, l'impôt doit être accepté par le peuple ou ses représentants. Il réclame ensuite la convocation régulière et périodique des Etats Généraux. Sa conclusion est une condamnation de la force comme moyen de gouvernement.

Cette revendication de la plus nécessaire des libertés, de la première qu'il faille conquérir pour avoir le moyen d'obtenir les autres, était faite par Portalis — il est singulier de le remarquer — principalement au nom de la *tradition provençale*. Il invoque, certes, les abus du despotisme français, et les bienfaits du régime qui lui était cher, mais c'étaient surtout *les institutions de sa Patrie* qu'il voulait *conserver* et *répandre*, celles que Fénelon et Montesquieu avaient louées, et dont Necker avait dit : « Cette administration est de celles qui approchent le plus de la perfection »¹. C'est ce fondement d'expérience *vécue*, sanctionnée par la raison des siècles, qui donna de la *mesure* à sa conception de la liberté. Ce n'est pas lui, malheureusement, qui devait triompher. Le choc *brutal* des opinions les *outra*, jusqu'à les dénaturer, les *souffla*, jusqu'à les faire éclater. La notion de *liberté*, objet d'un amour *immodéré*, devenait une étiquette oiseuse, un *mot d'ordre* si vide de sens pour la plupart des *tyrans* révolutionnaires, que celui qui voulait l'employer contre eux, était frappé des coups que la Liberté vraie avait voulu bannir. « Disons-le franchement, constate amèrement Portalis : pour certains hommes la liberté est une si belle chose, que non seulement ils aspirent à jouir de la leur, mais encore de celles des autres »².

Lors des derniers soubresauts de la Révolution, la voix de Portalis s'éleva, pleine de principes, pour épanouir, en la délimitant, la liberté conquise et tant de fois perdue. « Les institutions forment les hommes, déclare-t-il, si les hommes sont fidèles aux institutions; mais si nous conservons l'habitude de révolution-

(1) Voir le *Mémoire sur les Etats de Provence*, p. 87.

(2) *Discours* de Portalis au Conseil des Anciens du 10 Frimaire an V.

ner, rien ne pourra jamais s'établir, et nos décrets ne seront jamais que des piliers flottants au milieu d'une mer orageuse. — Et alors, citoyens législateurs, que deviendra la liberté ? Ce mot est dans toutes les bouches ; mais il frappe diversement les esprits. Il n'est que trop vrai que l'on confond presque toujours la liberté avec la facilité plus ou moins grande de satisfaire l'intérêt ou la passion qui nous domine ; mais puisque nous voulons être libres, sachons comment on le devient. — La liberté se compose de divers éléments. La faculté de vouloir, celle d'agir, et la certitude de ne rencontrer aucun obstacle injuste dans l'exercice de ces deux facultés sont ce qui constitue véritablement un homme libre. Or, la certitude de ne rencontrer aucun obstacle injuste, sans laquelle toutes les facultés sont inutiles, n'est autre chose que la sûreté. La sûreté est donc la seule garantie de toute liberté ; or, point de sûreté pour les hommes, s'il n'y a point de stabilité dans les lois » ¹.

La distinction des *lois ordinaires* et des *lois constitutionnelles*, « ciment de l'édifice », devant former, par leur stabilité modèle, l'esprit général, tient par suite une grande place dans les discours de Portalis. D'abord, à qui appartient le droit d'établir une Constitution ? « Le droit de rédiger et de proposer une constitution n'est pas un pouvoir constituant, quoiqu'il ait été improprement appelé de ce nom. — Dans une république, il n'y a, il ne peut y avoir, d'autre pouvoir constituant que celui du peuple. — Le peuple renferme éminemment tous les pouvoirs ; il les constitue et les délègue tous ; il n'est lui-même constitué ni institué par personne : c'est par lui que tout est, et c'est pour lui que tout existe » ². Le principe de stabilité qui peut seul fonder la *sûreté*, donc la liberté des citoyens, devant régir les lois constitutionnelles, il prophétise : « Quand on s'isole des lois fondamentales qui sont l'expression de la volonté générale du peuple, on crée une puissance factice, qui n'est pas celle de la loi, qui menace tous les citoyens, qui peut devenir une arme offensive dans les mains de tous les partis et qui doit être redoutable à ceux-mêmes qui l'exercent. Mais si nous sommes assez sages pour ne jamais méconnaître les lois constitutionnelles, elles deviendront un frein que les méchants blanchiront de leur écume. Défendues et protégées par nous, elles nous protégeront à leur tour, elles seront notre sauvegarde et celle de tous les gens de bien » ³.

En effet — il le dira plus tard, mais il le pense depuis toujours — « La véritable liberté ne s'acquiert que par le sacrifice de l'indépendance. — Les peuples qui vivent entre eux dans l'état de nature sont indépendants, sans être libres. Ils sont tou-

(1) *Discours* de Portalis au *Conseil des Anciens* du 10 frimaire an V. Voir un passage caractéristique sur la *sûreté* dans le *Discours* de Portalis, Orateur du gouvernement, devant le *Corps Législatif* du 18 Pluviôse an IX.

(2) *Discours* au *Conseil des Anciens* du 10 Frimaire an V.

(3) *Ibidem*.

jours forçants ou forcés. — Les citoyens sont libres sans être indépendants, parce qu'ils sont soumis à des lois qui les protègent contre les autres et contre eux-mêmes. — La vraie liberté consiste dans une sage composition des droits et des pouvoirs individuels avec le bien commun. Quand chacun peut faire ce qui lui plaît, il peut faire ce qui nuit à autrui; il peut faire ce qui nuit au plus grand nombre. La licence de chaque particulier opérerait infailliblement le malheur de tous »¹. Il en arrive à la maxime de Justinien : « La liberté est la faculté naturelle que chacun a de faire ce qui lui plaît, à moins qu'il n'en soit empêché par la force, ou que la chose soit défendue par la loi »². Ainsi le *citoyen libre* obéit aux lois qui le gardent, de la même manière que l'*homme libre* se soumet aux lois du monde, à la nécessité, au Dieu dont il est la créature.

Cette façon de défendre la liberté politique, si elle est au fond, belle et juste, ne possède, à notre avis, aucune originalité, relativement à l'époque où Portalis vivait. Il ne fit qu'amalgamer avec des principes vulgarisés par Rousseau, les idées profondes de Montesquieu, qui lui étaient si familières que l'expression qu'avait établie son modèle était celle qui lui venait naturellement aux lèvres. Portalis lui emprunta d'ailleurs plus que des formules. La notion de *sûreté*, les définitions voisines de *licence*, *indépendance* et *liberté* sont trop connues chez Montesquieu pour que nous insistions sur ce point. Si nous avons cité Portalis, dans les différents aspects de son libéralisme, c'est parce que ses paroles sont élégantes en même temps qu'élevées, et qu'elles présentent, croyons-nous, dans toute sa pureté, l'opinion d'un *homme de la Révolution*, détaché des excès que le cours précipité des choses faisait commettre à ceux qui y étaient directement mêlés, en les grisant prématurément de puissance.

IV

Portalis proclama ardemment l'égalité de tous les hommes et lutta de toute sa force contre les *privilèges*. Avant de chercher à abattre ceux qui opprimaient *légalement* la justice, il voulut déraciner ceux qui, profitant de la passivité, prétendaient s'implanter, par imitation, dans l'*usage*, pour obtenir cité dans le *droit*. Celui qui était le plus pénible aux Provençaux et le plus sensible à leurs administrateurs, témoins journaliers des doléances du peuple, était le *droit d'évocation* : « Ce qui est vraiment un privilège, et un privilège odieux, exorbitant, c'est le droit accordé à certains corps, à certaines familles, à des particuliers puissants, de dépouiller les juges désignés par la loi et de porter toutes leurs

(1) *Exposé des motifs du projet de loi sur la propriété.*

(2) Cité dans ses papiers inédits, préparant ses travaux de législation.

causes à des juges de choix et d'attribution » ¹. Ce « droit » n'en était pas un, car il était contraire, nous dit Portalis, au « droit sacré et inviolable des Provençaux de n'être jamais distraits de leurs juges naturels et locaux, sous quelque prétexte que ce soit », droit qui « est garanti par le droit romain, par le serment de tous nos souverains, par toutes nos lois statutaires, et par la constitution politique du pays qui forme un Etat distinct, nullement subalterne du royaume, ni conséquemment aux tribunaux du royaume » ². En effet, les statuts particuliers de la Provence avaient été confirmés par le testament de Charles d'Anjou, par Louis XI, par Charles VIII dans l'édit de 1486 autorisant les tribunaux du pays à n'avoir égard à aucune lettre d'évocation, par François I^{er} dans son Ordonnance de 1535. Ce droit est hautement justifié : « Ce n'est pas assez que la justice soit administrée au peuple. Elle doit l'être avec la plus grande commodité du peuple. De là cette maxime connue que *l'office d'un bon Roi est de faire rendre à ses sujets prompt justice sur les lieux* (Ordonnance d'Orléans) » ³.

Les « évocations », ainsi contraires au Droit, présentaient de graves inconvénients, que Portalis nous énumère : « Les dangers des évocations de privilège ont été retracés plus d'une fois par les magistrats et par les jurisconsultes. On a observé qu'elles sont l'apanage du riche et le fléau de la veuve et de l'orphelin. Qu'elles menacent la sûreté des citoyens, qui sont souvent réduits à l'inaction et à l'impuissance, qui n'osent défendre leurs droits les plus certains, et qui préfèrent souvent un abandon volontaire à des poursuites ruineuses et effrayantes. Qu'elles dégénèrent pour le plus grand nombre en déni de justice, en oppression. Qu'elles défigurent la police entière de l'Etat, qu'elles renversent la hiérarchie civile des tribunaux, qu'elles compromettent toutes les fortunes, qu'elles ébranlent et obscurcissent les lois mêmes, par la diversité ou la contrariété de maxime qui naît du choc des tribunaux et souvent de l'inexpérience des juges de privilège, et qui jette la confusion et l'incertitude sur la plupart des principes de décision » ⁴. Il ajoutait, par ailleurs : « On a remarqué plus d'une fois que les maux qui en résultent sont plus sensibles pour nos habitants par la distance qui les sépare de la capitale et des tribunaux de privilège qui y ont leur séance, par le grand nombre des personnes indigentes que la Provence renferme dans son sein et qui a fait établir dans nos principales villes des œuvres de charité pour fournir à la défense des pauvres et pour suppléer à leur impuissance » ⁵.

(1) *Mémoires* 1779-1780, N° 1 intitulé *Mémoire contre les évocations et commitimus au Grand Sceau...*

(2) *Procès-verbaux des délibérations et rapports* du 9 déc. 1779. Chaque rapport de Portalis rappelle la lutte de tous les instants contre « l'abus des évocations ».

(3) *Mémoire* N° 1.

(4) *Ibid.*

(5) *Procès-verbaux des délibérations et rapports...* Rapport du 9 décembre 1779.

Au Pouvoir Central qui opposait l'*origine* de ce droit d'évocation, Portalis répondait judicieusement : « En bonne morale, les récompenses doivent avoir pour objet la conservation de l'ordre, comme les peines ont pour objet son rétablissement. Il est donc contre la nature des choses, qu'un corps puissant ou un particulier accrédité obtienne, à titre de récompense, l'affranchissement de l'ordre public des juridictions et le malheureux pouvoir d'affliger le faible. Toutes les considérations que l'on peut déduire de la générosité ou de la bienfaisance royale, doivent toujours être subordonnées à la Justice, qui est la véritable bienfaisance des Rois » ¹. A ceux qui lui opposaient ensuite l'uniformité désirable entre les diverses provinces du royaume de France, il rétorquait finement : « Si l'uniformité, réclamée par le sieur Bernard, a quelque avantage réel, il est aisé de la concilier avec la justice; c'est dans la communication et non dans la destruction de nos droits qu'il faut chercher l'égalité à établir entre les diverses provinces soumises à la domination française, puisque nous avons prouvé que ces droits sont intimement liés au bonheur des peuples. — Ce n'est pas le mal, c'est le bien qu'il faut rendre uniforme... Tous les sujets ont, en tout temps et en tous lieux, un droit égal à la protection et à la justice du Souverain » ².

Il n'y avait pas qu'à *surveiller*, dans l'ordre *judiciaire*, il fallait aussi *transformer* : « La multiplicité des petits offices, leur incompatibilité sur la même tête, le nombre innombrable des suppôts de justice rendus nécessaires par le concours des tribunaux et par la complication de nos formes surchargent la société d'une foule d'agents subalternes qui dévorent le patrimoine des familles et qui désolent le public et les particuliers. — Un grand magistrat observe qu'il y a dans la plus petite province de France, autant d'officiers qu'il en faudrait pour rendre la justice dans la plus vaste monarchie. Il n'appartient qu'au législateur d'opérer sur cet objet une révolution salutaire en simplifiant les institutions civiles et politiques et en assignant un nouvel ordre à la police de l'Etat » ³.

V

Portalis réclama l'*égalité commerciale* : Il s'éleva contre les corps établis en jurande qui arguaient de leurs privilèges pour empêcher le développement des manufactures. Celles-ci s'élevaient « à l'ombre de la liberté », favorisées par l'administration provençale, qui donnait des « encouragements au talent et à l'industrie » et soutenues par la « jurisprudence éclairée du Parle-

(1) *Mémoire* N° 1.

(2) *Ibidem*.

(3) *Rapport* du 20 novembre 1780.

ment » d'Aix. Portalis se prononça contre les *privilèges exclusifs* de fabrication qui, en détruisant « l'émulation qui ne peut naître que de la concurrence... ont les plus dangereuses conséquences pour la société. » « La nature s'offre partout, dit-il, laissons faire à la concurrence, au talent et à l'industrie, et rien de ce qui est utile à l'humanité, ne demeurera caché aux hommes » ¹. On croirait entendre les Physiocrates !

Portalis revendiqua l'*égalité fiscale*. Déjà, aux Assemblées de Communautés, il signalait que « l'ordre essentiel et politique de toute bonne administration » était « de mettre le plus d'égalité, d'uniformité et de facilité possible dans la perception des impôts ». Il s'y élevait âprement, en administrateur, contre les privilèges fiscaux des plus riches : « Il est bien étonnant que lorsque dans d'autres provinces la Noblesse offre généreusement de renoncer à ses propres privilèges, et de contribuer à une grande partie des charges publiques, la Noblesse de Provence veuille même, contre le vœu des lois, s'arroger des privilèges et des exemptions qu'elle n'a pas, et se soustraire aux charges qu'elle est dans l'obligation de remplir. Ce n'est plus le moment d'entreprendre sur les droits sacrés du peuple, qui sont le vrai bien et la véritable force de l'Etat. Il y a aujourd'hui autant d'imprudence que d'injustice à élever des prétentions que les lois publiques condamnent, et qui sont évidemment contraires à l'intérêt du Prince, du gouvernement et du Pays » ². Il eut l'occasion de défendre sa province contre l'importation que le Roi voulait y faire de privilèges qui n'y étaient pas en usage. Il déclare sévèrement, à propos du procès de l'Ordre de Malte avec la ville d'Aix et la Provence : « Nos rêves sont essentiellement réelles et... conséquemment par leur nature elles ne sont susceptibles d'aucun privilège personnel... Le souverain ne peut exempter de nos rêves un corps ou un particulier qu'en prenant sur son compte propre le montant de l'exemption parce que les tributs publics étant payés solidairement par le corps de la province sur le pied des traités et des abonnements faits avec le Roi, l'exemption accordée à un citoyen serait à la charge des autres, si le Roi ne prenait cette exemption en diminution de la somme totale » ³.

VI

En ce qui concerne l'*égalité politique*, Portalis n'intervint que plus timidement. Il était de *caractère trop traditionaliste* pour s'élever brusquement contre des institutions ancrées dans les mœurs depuis des siècles, en dehors des cas où les souffrances

(1) *Procès-verbaux... Rapport* de Portalis du 9 décembre 1779.

(2) *Mémoires* 1779-1780, *Mémoire* N° 2.

(3) *Rapport* de Portalis du 9 décembre 1779.

qu'elles provoquaient dépassaient celles qu'exigerait leur destruction : « Le mal de détruire est infiniment plus grand que celui de souffrir¹ ». Sans réclamer l'abolition des Ordres, il voulut réformer les *privilèges politiques*, pour les adapter aux exigences, surtout fiscales, du temps, en accord sur ce point avec la plupart de ses contemporains. Ce faisant, il restait sincèrement fidèle à son Roi, et à l'organisation politique générale que celui-ci couronnait.

Si la Constitution provençale connaissait les distinctions féodales, notamment dans les « Etats de Provence » qui n'avaient pas été réunis depuis 1631, les usages, moins respectueux des avantages, ailleurs exclusifs, des privilégiés, consacraient au contraire des assemblées plus largement représentatives² : « Nous connaissons dans nos communautés trois espèces de conseils municipaux. Le conseil ordinaire, qui délibère sur les affaires courantes. Le conseil général, qui est plus nombreux et qui peut délibérer sur les matières les plus importantes. Finalement, le conseil de tous chefs de famille, dont la convocation est extrêmement rare et ne peut être faite sans l'aveu de l'autorité publique³ ». Quand on demanda à Portalis son avis sur le rétablissement éventuel des Etats de Provence, il se montra favorable au projet, à condition que le Tiers Etat eût le droit d'élire un nombre de députés supérieur d'un tiers environ à celui des représentants des deux ordres réunis. Dans ce *Mémoire sur les Etats de Provence*, il demandait en même temps que la Noblesse et le Clergé contribuassent aux charges communes.

Il présentait dans ce Mémoire un argument fort psychologique contre les *privilèges*, surtout fiscaux : « Ajoutez à cela que des privilèges, une fois existants, ne pèsent plus dans la balance, quand il s'agit de récompenser de nouveaux services, ou d'accorder de nouvelles grâces au crédit et à l'importunité. Les privilégiés jouissent de leurs exemptions loin du regard du souverain qui, ne voyant pas l'effet de ces exemptions, est toujours disposé à accueillir les sollicitations de ceux qui demandent, comme s'ils ne jouissaient encore de rien. Les libéralités et les grâces sont répandues, comme s'il n'y avait point d'exemptions. Le gouvernement se ruine, ses bienfaits ont toujours moins de prix, et le sujet, à qui l'habitude du privilège fait bientôt oublier la main qui le lui a donné, ou qui le lui conserve, se croit même dispensé du devoir de la reconnaissance⁴ ».

L'extraction *bourgeoise* de Portalis n'ayant été en aucune

(1) *Lettre au Garde des Sceaux*, 1788.

(2) « Le principe général, argumente Portalis, consacré par les lettres patentes de 1544, et qui n'a pu être affaibli par la révocation de cette loi, parce qu'il appartient au droit naturel et social, est que l'on ne doit participer à une administration que lorsque l'on a intérêt à la chose administrée et dans une proportion relative à cet intérêt ». *Mémoire sur les Etats de Provence*, f° 96.

(3) *Mémoire* N° 9 du 9 janvier 1780.

(4) P. 165.

façon une entrave à sa propre ascension, dans son milieu provençal, il ne songea pas à s'en prendre personnellement aux *Nobles*. Il était en bon terme avec tous les « grands » de sa province, qui le traitaient honorablement, et dîna à Paris avec les plus hauts personnages. Il les considérait lui-même avec respect, mais avec dignité, son état d'avocat lui procurant la plus grande liberté, et sut parfois « être utile, même à quelqu'un qui occupe une première place¹ ». Il notait, cependant, au cours de son voyage à Paris : « Rien n'est plus difficile que de placer ses enfants. La noblesse prend tout. Elle se saisit même des consulats. Ce qui a fait rendre cette certaine ordonnance, par laquelle on demande quatre quartiers de noblesse pour entrer dans un corps militaire, c'est que tout le monde demande et qu'il y a peu de places. Le ministre a voulu se débarrasser des importunités. Quand on examine tout ceci de près et qu'on en découvre les ressorts, on voit combien nos remontrances sont souvent inutiles. Nous croyons que les établissements tiennent à des systèmes que nous réfutons par de bonnes raisons que l'on connaît. Point du tout. Une ordonnance tient à des circonstances et à une anecdote que nous ne connaissons pas ».

L'égalité réclamée est toute *relative*. Elle ne doit pas se confondre avec l'*uniformité* et peut coexister avec la *hiérarchie*. Qu'est-ce, en effet, que l'égalité ? « Aux yeux du sage, répond Portalis, l'*égalité* est la conservation des droits naturels de chaque homme et l'abrogation de toutes les distinctions injurieuses et injustes. Les fous et les malintentionnés ne voient l'*égalité* que dans le nivellement des fortunes, dans le partage des terres et dans le renversement de la société² ». Au Conseil des Anciens, il précise : « Sachons que le principe de l'égalité ne doit point être un principe de confusion et d'anarchie; il y aura toujours entre les hommes des différences que le maintien de l'ordre public rend nécessaires entre l'administrateur et l'administré, le justiciable et le juge, le magistrat et le simple citoyen. Tout serait perdu si la nation ne respectait elle-même le pouvoir qu'elle confie, et si elle ne cherchait pas à le faire respecter dans ceux qui l'exercent en son nom³ ».

Il n'avait d'ailleurs jamais été ennemi des *formes extérieures*, marquant non le rang dû à la naissance, mais l'échelle des fonctions : « On sent que ce pouvoir toujours subsistant, de direction et d'exécution, exercé par les *Procureurs du Pays nés*, a dû amener en faveur de ces administrateurs des honneurs et des distinctions fondés sur les rapports immédiats et journaliers de supériorité, de protection, et de dépendance, qui existaient entre eux et les représentants des Cités particulières. — Dans les sociétés :

(1) *Lettre à sa femme*, de Paris, 1^{er} octobre 1782.

(2) *Il est temps de parler*, 30 Germinal An III.

(3) *Rapport sur la Haute Cour de Justice*.

les plus libres, on a adopté certaines marques extérieures de respect et de déférence pour ceux qui exercent l'autorité. On a cru avec raison que cette espèce de cérémonial politique, qui frappe la multitude, était essentiellement lié au maintien de l'ordre public¹ ». Il note de même, lors de la préparation du Code civil, à propos de ce qu'il intitule dans ses papiers *décoration publique* : « Quelle soit noble, imposante, et que la magnificence soit dans les hommes plutôt que dans les choses. On ne saurait croire à quel point le cœur du peuple suit ses yeux, et combien la majesté du cérémonial lui en impose. Cela donne à l'autorité un air d'ordre et de règle, qui inspire la confiance et qui écarte les idées de caprice et de fantaisie attachées à celle du pouvoir arbitraire ».

Il est très fréquent de voir les penseurs ou les publicistes s'étayer sur la *nature* pour en tirer l'*égalité* des hommes entre eux. Ainsi, par exemple, Domat croyait que la nature consacrait l'égalité entre les hommes, tirant lui-même de Dieu les inégalités qu'il rencontrait : « Comme la nature qui distingue le mari de la femme et les parents des enfants, ne distingue pas de même les autres hommes, mais les rend égaux, Dieu en distingue quelques-uns pour leur donner une autre sorte de puissance, etc.² » ; ainsi Mably, avec les *Encyclopédistes*, pensait que les hommes étaient « sortis parfaitement égaux et libres des mains de la nature » mais qu'« une fois la sottise du partage des biens consommée, il est chimérique de penser à rétablir l'égalité³ » ; ainsi les révolutionnaires arguaient de cette même égalité naturelle pour justifier les réformes qu'ils faisaient dans l'ordre social. Ainsi paraissait penser Portalis quand il disait : « Les privilèges, surtout ceux qui tendent à exempter des dépenses publiques, sont odieux et injustes en eux-mêmes. Ils sont contraires au plan primitif des sociétés. Ils sont presque toujours le lot de l'homme puissant et le fléau du pauvre. Ils concentrent tous les avantages, tout le bonheur sur une certaine classe de citoyens qui forment la plus grande partie de l'Etat, et ils renversent ainsi l'institution de la nature, qui destine ses dons à l'universalité⁴ ».

Il se trouvait aussi au dix-huitième siècle, des philosophes pour admettre l'*inégalité naturelle*, comme les *physiocrates*, qui prenaient le contre-pied des théories en renom : « Il ne faut pas regarder l'inégalité des conditions comme un abus qui prend naissance dans les sociétés : quand vous parviendriez à dissoudre celles-ci, je vous défie de faire cesser cette inégalité ; elle a sa source dans

(1) *Consultation sur les Procureurs du Pays*. Le motif réel de ce travail était d'ailleurs une question de visite en chaperon qui n'était pas due à un *procureur du pays joint*, qui l'avait cependant réclamée en justice !

(2) *Court traité*, p. XVI.

(3) Cité par ESPINAS, *La philosophie sociale du XVIII^e siècle et la Révolution*, Alcan 1898, p. 112.

(4) *Mémoire sur les Etats de Provence*, p. 125.

l'inégalité des pouvoirs physiques, et dans une multitude d'événements accidentels dont le cours est indépendant de nos volontés; ainsi, dans quelque situation que vous supposiez les hommes, vous ne pourrez jamais rendre leurs conditions égales, à moins que changent les lois de la nature, vous ne rendiez égaux pour chacun d'eux les pouvoirs physiques et les accidents¹ ». La conséquence était pour eux l'accroissement nécessaire des productions et des richesses.

Portalis est un des rares auteurs qui tirât quelque-chose des inégalités inévitables dans les aptitudes et les conditions humaines; il s'adressa à la *fraternité*. En effet, c'est dans l'*Exposé des motifs du projet de loi sur la propriété*, qu'il faut chercher la véritable opinion de Portalis sur l'égalité. Il l'a résumée autre part dans une citation : « L'humanité, la justice et la bienfaisance sont les vrais cordeaux de nivellement, qu'un législateur doit raisonnablement mettre en usage pour égaliser les inégalités inévitables que l'on rencontre dans la nature et dans la société² ». D'ailleurs, dit-il « le principe d'une égalité exagérée est contraire à la nature, qui ne conserve ses ouvrages que par des inégalités sagement graduées. Enfin, le Ciel semble avoir voulu nous donner une grande et terrible instruction, en nous montrant que la trop cruelle faux de la mort ne parvient à tout égaliser qu'en détruisant tout³ ».



(1) MERCIER DE LA RIVIÈRE, *ouvrage cité*, 1^{re} partie, ch. 2. D'ailleurs, Rousseau lui-même acceptait cette idée de l'inégalité naturelle. Il reprochait à la société et à la civilisation de l'avoir développée, tandis qu'elle était *masquée* dans l'état de nature et *anihilée* dans ses funestes effets. (Vr le *Discours sur l'inégalité*).

(2) *De l'usage...*, II, p. 285.

(3) *De l'usage...*, II, p. 287.

SECTION II. — LA RÉVOLUTION ET L'ORDRE

I

L'attitude de Portalis devant les réformes fut, nous le voyons, conforme au programme exécuté par la Révolution débutante : abandon gracieux des privilèges par les privilégiés eux-mêmes, dans un élan de sincérité et d'enthousiasme; Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen, proclamant sous toutes ses faces la liberté individuelle qu'il chérissait, l'égalité des droits qu'il avait demandée, la souveraineté du peuple dont le principe le séduisait; établissement d'une royauté constitutionnelle tempérée par une assemblée représentative votant les impôts, agissant par des ministres responsables.

Mais, la Révolution se transformait. Portalis en fut la victime avant même de s'être rangé parmi ses ennemis. Il la décrit dans son grand ouvrage. « On vit éclater une sorte de guerre de tous contre tous ¹ ». La France, « couverte de clubs sur son immense surface... fut subitement et tout entière transformée en un vaste corps délibérant ² ». On vivait dans un temps « où toutes les coutumes étaient dénoncées comme des abus; où les destructions étaient proposées comme des réformes, les systèmes les plus insensés comme des améliorations; et où les plus petits esprits pouvaient se mettre à la tête des plus grandes entreprises, puisque de petites formules oratoires suffisaient pour motiver et consommer les plus grands changements ³ ».

Portalis, à qui la vision d'une Révolution faisait rapidement connaître le danger de toutes, montre quel est, à son avis, le principal facteur de la ruine consommée des plus beaux principes : « Les redoutables désorganiseurs dont je parle eurent de nombreux et terribles auxiliaires : car, dans les sociétés vieilles, il existe partout une classe d'hommes avilis, perdus d'honneur et de réputation...; tous voués au mépris et à l'infâmie. Ces hommes sont comme le rebut des cités; ils détestent le passé, ils ne peuvent souffrir le présent, ils ne soupirent qu'après un avenir orageux; on les voit se rallier toutes les fois qu'ils peuvent se promettre la possibilité d'un bouleversement... Cette masse sert successivement toutes les factions, sans jamais appartenir à aucune; elle n'est pour aucune forme de gouvernement, mais contre l'ordre social ⁴ ». Il parle ailleurs de « cette classe d'hommes qui envi-

(1) *De l'usage...*, II, p. 383.

(2) *De l'usage...*, II, p. 384.

(3) *De l'usage...*, II, p. 385.

(4) *De l'usage...*, II, p. 386.

ronnent toujours la puissance pour la flatter ou la surprendre, qui font un trafic honteux de toutes les actions de la vie, qui empêchent toujours le bien, lorsqu'ils ne l'ont point recommandé, qui sèment partout des embarras pour faire acheter chèrement leurs services, et qui ne cherchent qu'à vivre aux dépens de l'autorité qui les écoute et des particuliers qui les emploient ¹ ».

Il nie que le progrès s'établisse par la force : « L'insurrection est trop contraire à tous les devoirs pour pouvoir être jamais transformée en droit. Elle n'est et ne peut être qu'un crime, et le plus grand de tous, car il viole la paix publique au plus haut degré. Comment pouvoir espérer, en effet, de rétablir l'empire de la justice par la violence; d'obtenir le redressement des abus par des excès qui sont eux-mêmes le plus condamnable abus de la force; de rentrer dans l'ordre légal par le déchaînement des passions d'une multitude que cet ordre n'a pour objet que de contenir ² ? » Portalis était, d'abord, *contre la violence*.

Au moment de *juger* la Révolution Française, il s'exprime ainsi, résumant en quelques propositions sa véritable pensée : « Des privilèges injustes et oppressifs qui n'étaient que le patrimoine de quelques hommes avaient pesé sur la tête de tous. Pour recouvrer les avantages de la liberté, on tomba pendant quelques instants dans les abus de la licence. Pour écarter des préférences odieuses et les empêcher de renaître, on chercha à niveler toutes les fortunes après avoir nivelé tous les rangs. Des nations ennemies, rivales et jalouses menaçaient notre sûreté; en conséquence, nous voulions par nos lois nous isoler de toutes les nations. La France avait été déchirée par des guerres religieuses qui avaient laissé dans un grand nombre de familles des souvenirs amers. On crut devoir porter la cognée au pied de l'arbre, et détruire toute religion pour prévenir le retour de la superstition et du fanatisme. Les premières lois qui furent promulguées par nos assemblées passèrent à travers tous ces systèmes exagérés et s'y teignirent fortement ³ ».

Mais ses malheurs ne le rendaient pas injustes envers les hommes, qu'il voyait victimes de leur entraînement ou de leur faiblesse. Il faut connaître cette page, instructive par sa franchise, émouvante par sa simplicité, et belle par la grandeur d'âme qu'elle révèle, tirée d'une lettre écrite d'exil à Mallet du Pan, publiciste et agent bourbonnien des plus actifs : « Je vous parle sur tout cela, y dit-il, avec d'autant plus de franchise que je dois aux circonstances d'être plus désintéressé. Je ne dit point la sagesse, mais le hasard du moins a fait que je n'ai appartenu à aucun parti et qu'en conséquence j'ai toujours été mieux placé pour bien

(1) *Rapport sur les Emigrés*, 28 Pluviôse an IV.

(2) *De l'usage...*, II, p. 264.

(3) *Exposé des Motifs du projet de loi* relatif à la réunion des lois civiles.

voir et bien juger; je n'ai point émigré, et je n'ai jamais approuvé l'émigration, parce que j'ai toujours cru qu'il était absurde de quitter la France dans l'espoir de la sauver et de se mettre dans la servitude des étrangers pour prévenir ou pour terminer une querelle nationale. D'autre part, je n'ai pas voulu me mêler des changements et des réformes projetés par les premiers révolutionnaires, parce que je me suis aperçu qu'on voulait former un nouveau ciel et une nouvelle terre et qu'on avait l'ambition de faire un peuple de philosophes, lorsqu'on n'eût dû s'occuper qu'à faire un peuple d'heureux. J'ai vécu dans la solitude et dans les cachots : j'ai dit alors et je dis encore : *obliviscor eos, obliviscendus et illis*. — Mais, je ne suis pas devenu injuste; les sujets qui se sont montrés plus fidèles ne doivent point mépriser ceux qui n'ont pas suivi les mêmes voies : je ne parle pas de ceux d'entre eux qui, vivant des abus, n'avaient aucun intérêt à les réformer, mais de ceux mêmes qui ont été fidèles par devoir et par principe; je leur dirai : Voulez-vous être utiles, soyez indulgents; le gros des hommes n'est jamais avant l'expérience ce qu'il ne peut devenir que par elle. Tous les hommes ont des passions, ils n'ont pas le droit de se plaindre de celles des autres. Mais s'ils ont quelque influence, ils doivent s'attacher à les bien diriger¹ ».

C'est pour « être utile » à son pays, c'est pour « bien diriger » les *passions* des faibles et l'indécision des *inexpérimentés* que Portalis collabora à la République révolutionnaire qui se posait devant lui comme un *fait*. Révélant son état d'esprit à ce moment, il termine ainsi un de ses discours au Conseil des Anciens : « Et si nous devons désespérer de rendre les hommes sages, ne renonçons point à l'espoir de les rendre heureux² ». Tous ses discours respirent le plus noble amour de la *liberté individuelle* qu'ils défendent contre le despotisme des arrivistes incapables, celui des clubs et des majorités³. Ils proclament encore la *souveraineté du peuple qui*, « se réservant le droit d'élire, délègue celui de régir et de gouverner », dont la « main est celle du créateur qui se repose après avoir donné le mouvement et la vie⁴ », mais contre les prétentions des Assemblées en contradiction avec la volonté de la nation. Ils appellent surtout l'*ordre*, comme sauvegarde réelle de la liberté, et l'*union*, véritable condition de la *paix*.

Après l'échec de ses efforts, Portalis en revint à son idée première que la République, à laquelle il était pourtant attaché par tous ses principes, était une *chimère* que les Français de son

(1) Lettre de Portalis à Mallet du Pan, du 23 septembre 1799, recueillie par A. SEYOUS, dans *Mémoires et correspondance de Mallet du Pan*, 1851, t. II, p. 396.

(2) *Discours de Portalis* des 10-11 Frimaire an V sur les émigrés.

(3) Voir le *discours de Portalis sur les Sociétés particulières s'occupant de discussions politiques*, du 7 Thermidor an V.

(4) *Rapport de Portalis sur la haute cour de Justice*, du 19 Thermidor, an IV.

temps poursuivaient sans être assez mûrs pour la concevoir, ni assez libres pour savoir la réaliser. C'est plein de cette déception que les faits, auxquels il avait fait un long crédit, lui apportaient cruellement, qu'il écrit en exil à Mallet du Pan, le 11 août 1799 : « On n'a jamais vu ni connu de République en France. Il n'y a point de républicains. Tout le monde y est fatigué du régime révolutionnaire. La lassitude, qui termine toutes les révolutions, a ramené tous les esprits et tous les cœurs à la monarchie. Je ne parle point des Jacobins qui ne sont qu'une poignée d'hommes que l'apparence même de la justice peut faire disparaître. — On n'a pas besoin de procéder par des proclamations impératives pour rendre la nation française royaliste... Je crois pouvoir dire que la masse est fatiguée de choisir et de délibérer. Mais s'il ne faut pas laisser les esprits dans l'incertitude, il ne faut pas non plus les jeter dans la crainte. Il ne faut pas que le roi se présente comme le chef d'un parti, mais comme le chef de la nation. Il faut qu'il respecte tout ce qui n'est que le résultat de la force des événements et des choses. Il est de la destinée de tous les empires d'éprouver d'une manière insensible ou d'une manière violente des changements et des modifications inévitables. Tout retour aveugle ou passionné à des institutions usées qui n'ont pu se soutenir elles-mêmes compromettrait la sûreté de la nouvelle monarchie. Une nation naissante a besoin d'un instituteur, et il faut un libérateur à une nation vieillie et opprimée » ¹.

En réalité, en face des tergiversations, des manigances et des compromissions des royalistes, Portalis était *tiède*. Seule son amitié pour l'un des leurs l'avait fait sortir de sa réserve politique. C'étaient seulement des *conseils* qu'il distribuait, pour le cas d'un retour éventuel de la monarchie. Il est sévère pour celle de l'Ancien Régime : « Le gouvernement ancien s'est plutôt écroulé qu'il n'a été détruit. Si les formes en paraissaient encore saines, l'esprit s'en était enfui. Il n'y avait plus qu'un vaste corps sans âme. La preuve en est dans tout ce qui s'est passé. Quand les institutions d'un Etat sont encore vivaces, il y a des guerres civiles sans révolutions. Mais ici, nous avons eu le triste spectacle d'une révolution sans guerre civile : cela nous donne la mesure de la corruption qui infectait toutes les classes; il est arrivé ce qui était inévitable; ceux qui avaient quelque chose à conserver ont été des poltrons après avoir été des sots. Ceux qui n'avaient rien à perdre et tout à acquérir ont eu l'énergie et la constance que l'habitude des jouissances et des commodités de la vie ôtait aux classes supérieures de la société » ².

Puis, il prévient le Comte de Provence, à qui il compte bien

(1) *Lettre de Portalis à Mallet du Pan* du 11 août 1799, recueillie par A. SEYOUS, *Loco citato*, p. 393.

(2) *Lettre de Portalis à Mallet du Pan* du 23 septembre 1799, recueillie par A. SEYOUS, *loco citato*, p. 396.

qu'on montrera la lettre : « Ce serait une erreur de croire qu'il est contraire à la dignité du Roi de ne pas rétablir toutes les institutions anciennes. La fierté des rois peut répugner à se trouver sous la dépendance de certains hommes. Mais leur sagesse les invite à ne pas méconnaître la dépendance des choses, dépendance à laquelle aucune puissance humaine ne peut se soustraire. L'art de gouverner n'est pas une théorie métaphysique et absolue. Cet art est subordonné aux changements qui arrivent chez un peuple et à la situation dans laquelle il se trouve... Tous les mécontents en France ne sont pas royalistes, et la plupart des royalistes peuvent être rendus mécontents si on a l'air de les distribuer dans des classes plus ou moins favorables » ¹.

Il n'abandonne nullement ses opinions libérales, qu'il pense à faire au contraire sanctionner par une monarchie tempérée. Il s'élève de toute sa force contre le crime, pour rester fidèle aux principes qu'il développait avant 1789, certain de représenter, contre la Révolution qu'il avait vécue, l'idéal révolutionnaire que ses concitoyens avaient passagèrement trahi. Le 11 août 1799, écrivant à Mallet du Pan, qui mit d'ailleurs sous les yeux du futur Louis XVIII les conseils de son correspondant, Portalis transpose pour la situation nouvelle, sans les varier quant au fond, les idées politiques qu'il émettait déjà avant leur éphémère triomphe : « Il faut nécessairement des institutions nationales pour remplacer celles qui ne sont plus. Il ne suffit pas à un roi d'avoir une cour, car ce sont les cours qui perdent les rois. Il faut une garantie pour la sûreté du trône et la liberté du peuple. L'inamovibilité des juges si nécessaire à la liberté individuelle du citoyen, et le concours d'une assemblée délibérante pour les impôts et pour les lois, voilà tout ce qu'il doit y avoir de constitutionnel dans la législation. »

Il montre que seul le *salut public* le guide lui-même, quand il écrit : « Je crois, sans hésiter, que les esprits sont disposés de manière à favoriser le rétablissement de la monarchie, pourvu qu'on sache annoncer que l'on ne vient pas faire des esclaves, mais abolir toute tyrannie, et que l'on s'environne d'hommes qui n'aient aucun intérêt à des vengeances et qui, oubliant leurs maux particuliers, ne se dévouent qu'au salut public » ². L'orateur du *Conseil des Anciens* est conséquent avec les principes de toute sa carrière publique, en annonçant : « On n'a rien à craindre de la nation dès l'instant où on vient la défendre contre ses oppresseurs; mais il ne faut pas que l'on perde du temps et qu'au lieu d'avoir l'air de soumettre la nation à un parti, on opère le grand effet de faire cesser tous les partis pour le bien général de la nation » ³.

(1) *Ibid.*

(2) *Lettre à Mallet du Pan* du 23 septembre 1799.

(3) *Lettre à Mallet du Pan* du 11 août 1799.

L'union de la nation sous un *chef* décidé, l'ordre retrouvé grâce au *libérateur*, voilà donc l'idéal politique qu'il appelait de ses vœux, dont on retrouve les échos dans sa correspondance et ses ouvrages d'exil. Mais il n'espérait pas pour le moment, nous l'avons dit, en la traditionnelle monarchie française, errante, abusée, et encore trop pénétrée de « droit divin » pour se modeler en un jour, à qui il disait cependant pour faire son devoir : « Il faut partir d'où l'on est. Telles circonstances données, quel est le meilleur plan à suivre ? Voilà le problème de la politique » ¹. Un soleil se levait, qu'il avait senti naître, et qu'il salua très tôt, dans sa prévoyance. Il écrivait à sa femme, entre autres, le 15 décembre 1797 : « Bonaparte ajouterait une grande gloire à celle qu'il a déjà, si, après avoir vaincu et pacifié l'Europe, il pouvait éteindre les partis qui désolent la France et faire qu'il n'y eût plus qu'une âme entre tous les citoyens, comme il n'y a qu'une patrie », et c'est vraiment à lui qu'il songeait, en terminant son grand ouvrage : « ...En pareil cas, un peuple parvenu au plus haut degré de la civilisation peut retomber dans la plus affreuse barbarie, s'il ne devient la proie d'un peuple conquérant et moins corrompu, ou si, après des crises violentes et intérieures, il n'est régénéré par un libérateur » ².

II

La *défense de l'ordre*, voilà le centre autour duquel tournent les préoccupations de Portalis. Mais, de quel ordre s'agit-il ? M. P. Esmein ³, utilisant la terminologie de M. Bergson ⁴, fait rentrer l'ordre social dans la « morale statique », les aspirations humaines se faisant jour dans la « morale dynamique », pour pénétrer ensuite à pas très lents dans la « morale statique », qu'elle achemine insensiblement, par une transfusion inavouée, vers un nouvel ordre. Puis, continuant les recherches de M. Hauriou ⁵ sur la Justice, que les hommes ne peuvent chercher à réaliser trop vite, sans risquer de détruire la société elle-même en faisant éclater la cohésion « statique » qui la garde, il se demande pourquoi ce progrès individuel, une fois établi dans l'idéal et conscient à la volonté des peuples, a tant de peine à se faire sanctionner par les lois. Il répond par une remarque, tirée de l'expérience politique ou plutôt l'étude psychologique de l'histoire, dont il fait une loi sociologique : Celui qui est « dans l'opposition » peut ré-

(1) *Lettre à Mallet du Pan* du 23 septembre 1799.

(2) *De l'usage...*, II, p. 404.

(3) *Cours de Doctorat* 1933-1934 : *Etude de l'acte juridique à titre gratuit*. Voir à partir de p. 177.

(4) *Les deux sources de la morale et de la religion*.

(5) *L'ordre social, la justice et le droit*. Revue trimestrielle de Droit civil, 1927.

clamer la réalisation de la justice, telle qu'il la porte en son esprit; la lutte qu'il mène le déchaîne sur un point de la « morale statique », qu'il veut modifier dans le sens de l'ordre supérieur que ses pensées appellent; au contraire, arrivé au pouvoir, il devient responsable de l'ordre, dont son ministère est d'ailleurs un rouage : « Pour qui tient le pouvoir, la conservation de l'ordre devient la tâche primordiale : on est prisonnier de sa mission. Et comme l'ordre est un équilibre difficile à maintenir dans les sociétés humaines, que tout changement risque de le compromettre, on ne peut guère réaliser soi-même la justice ».

Cet ordre cristallisé dans les lois « statiques », est celui que Jhering appelle *ordre existant*, quand il dit : « Une Révolution n'est pas l'anarchie. Comme celle-ci, elle constitue bien un trouble de l'ordre public, mais ce qui l'en différencie foncièrement, c'est qu'elle en veut, non à l'ordre *en général*, mais à l'ordre *existant* »¹. Voici la distinction qui va nous faire comprendre la position de Portalis, car comment concilier ses aspirations progressives, conformes à celles des révolutionnaires, avec l'attitude apparemment conservatrice qui le caractérise ? En effet, il était incontestablement favorable à toutes les idées représentant la justice en marche qui tiraillait l'ordre établi de son époque, et ces opinions libérales, il les a toujours défendues, malgré les vicissitudes de sa vie politique. Il y a bien deux sens au mot *ordre* : l'ordre qui *est*, qu'on *conserve* et que ses adversaires opposent au *progrès*, à la *justice*; celui qui est *équilibre*, qu'on peut *renouveler*, et qui n'a pour ennemis que ceux qui profitent de l'*anarchie*. Le premier est un *système*, auquel on peut désirer substituer un autre système, théorie *subjective* plus ou moins *opportune*; le deuxième est une *réalité objective*; c'est une *forme*, à l'intérieur de laquelle peut triompher selon les circonstances tel ou tel système de gouvernement. Il y a, pour Portalis, une hiérarchie entre ces deux conceptions, usant de la même terminologie : Le passage de l'ordre existant à l'ordre convoité doit se faire sous l'égide et la sauvegarde de l'*Ordre public*.

Nous avons trouvé un document inédit qui nous présente dans toute sa pureté l'opinion de Portalis. Il s'agit d'une lettre au Général Lafayette, du 18 novembre 1798, où nous voyons cette phrase remarquable : « ...La chose la plus triste, à mon sens, serait de voir nos compagnons d'infortune se diviser et s'accuser réciproquement. Il ne s'agit point ici de République ou de Monarchie; il s'agit de l'ordre social qui se perd, et pas un de nous n'y pense. Le procès de la liberté est jugé contre le despotisme, mais il ne l'est pas encore contre l'anarchie. »

Il poursuit ainsi : « Que l'indifférence de cette masse inerte qu'offre le corps de la nation ne vous effraie pas. Ce n'est que

(1) Vt JHERING, *L'Evolution du droit*, p. 211.

parce que tout corps de nation offre une pareille masse, qu'il devient possible d'établir des gouvernements et des lois. Si tous les individus d'une cité s'agitaient, si la majorité n'était pas constamment inerte, c'en serait fait du genre humain. Pompée, qui connaissait peu les hommes, disait : que tous ceux qui sont pour moi se joignent à moi et se prononcent. Son parti fut réduit à une poignée d'esprits ardents et factieux, dont le sort fut décidé par une ou deux batailles. César, plus grand politique, dit au contraire : Que tous ceux qui sont pour moi restent tranquilles et il put compter sur tous ceux qui aiment le repos. La masse appartiendra toujours au plus fort, et surtout à celui qui ne la force pas à se mouvoir. Elle n'établit rien, elle n'opère rien, mais elle est le poids qui fait pencher la balance, quand quelque chose s'établit. Le poids indifférent de la masse ne peut donc me faire désespérer de rien. »

Un peu plus loin, il s'écrie pathétiquement : « C'est dans un tel moment que je voudrais voir les bons citoyens uniquement occupés du bien de leur patrie qui se confond aujourd'hui avec leur salut personnel. Je voudrais les voir, instruits par l'expérience de nos maux passés, chercher à prévenir ceux qui les menacent, se réunir dans un bon esprit, et ne pas compromettre leur liberté après l'avoir conquise. On craint toujours l'Ancien Régime : mais les matériaux n'en existent plus. Ce qu'il faut craindre, c'est l'absence de tout régime, et ce qui m'effraie le plus, c'est que l'on n'est point effrayé de cette considération. »

Quelles sont les conséquences de ce point de vue ? D'abord, — liaison entre les vues théoriques de Portalis que nous avons exposées au chapitre précédent, avec son opinion sur les faits que nous établissons maintenant —, tout changement vers le mieux est possible, tout en respectant l'ordre. Les Révolutions sont inutiles. Même en admettant qu'elles aient un effet plus rapide, donc salulaire, la *force* est un *moyen indigne* du résultat qu'on cherche. De plus, la transformation paisible et successive est la mieux adaptée à la nature de l'homme, qui n'est qu'habitude, et qui doit être *préparé* aux réformes pour *s'adapter* lentement au profit qu'il peut en tirer. Jhering, — que nous aimons à citer, parce que, s'opposant point pour point à l'état d'esprit de Portalis, il nous aide à mieux le comprendre —, nous exprime en ces termes cruels sa vision des choses : « ...Même à cette période du développement du droit, le rapport parfois se renverse, la force entre en conflit avec le droit, et dicte elle-même un droit nouveau; et l'on se trouve en présence des coups d'état du pouvoir public, qui sont des révolutions d'en-haut, formant le pendant de celles d'en-bas. Dans celles-ci, c'est la force inorganisée qui s'insurge contre le droit existant. La théorie juridique a beau jeu de condamner ces perturbations; ce renversement même du rapport normal devrait nous apprendre à discerner enfin son vrai

caractère... » Le dictateur nommé par les Romains en temps de crise, l'état de siège moderne « sont des soupapes de sûreté, au moyen desquelles l'autorité pare aux nécessités du moment sous une apparence juridique. Mais les coups d'Etat et les Révolutions ne se font plus sur le terrain du droit : le droit se contredirait lui-même en les autorisant, et au point de vue juridique, l'anathème est absolu. S'il fallait s'en tenir là, tout serait dit. Mais au-dessus du droit, il y a la vie, et lorsque la situation est réellement telle que nous la supposons, lorsque la crise politique place la société devant cette alternative : le respect du droit ou le maintien de l'existence, il n'y a pas à hésiter : la force doit sacrifier le droit, et sauver l'existence de la nation. Ce sont les *faits sauveurs* du pouvoir public. A ce moment, son action répand la terreur et l'épouvante, les hommes du droit la stigmatisent comme un attentat contre la sainteté du droit, mais il ne faut souvent que quelques années, quand le calme est rétabli, pour que le résultat vienne justifier le moyen, et changer les malédictions en actions de grâce. Le jugement sur l'entreprise dépend du succès; ses auteurs, qui ont violé le droit, en appellent au Tribunal de l'histoire, et son verdict l'a toujours emporté. » ¹.

Portalis, en interdisant l'*insurrection*, ne le fait pas, comme dit Jhering, en tant qu'*homme du droit*, attaché à l'ordre dans lequel il a vécu. Il ne le fait pas comme *homme politique*, que ses convictions autoritaires, à la manière de Hobbes, ou les besoins de ses calculs, lient à l'ordre établi. C'est l'homme de concorde et de paix qui a confiance dans le pouvoir, quel qu'il soit, pour deviner et effectuer les désirs des gouvernés, quand ceux-ci sont précisément devenus assez distincts pour se faire écouter, assez impératifs pour se faire obéir. Qui faut-il croire ? Le *théoricien* hardi qui, contemplant, gardé par la distance, la marche des idées, voit avec fierté leur victoire se décider à travers les événements, malgré le verdict passager du témoin aveuglé ? Ou bien un *témoin* humain qui, confiant au théoricien de l'avenir le document sanglant des souffrances irritantes, et des morts inutiles, est blessé par la défaite qu'il croit définitive, de l'idéal qu'il avait servi ?...

En outre de cette première conséquence de l'attitude de Portalis vis-à-vis de la notion d'ordre, conséquence suivant laquelle tout changement vers le mieux est possible à l'intérieur de l'ordre social, une deuxième conséquence est son incertitude — qu'on lui reproche comme une faiblesse et sans comprendre qu'elle tient à un principe — entre les différents régimes politiques qui s'offrirent à la France. Que le hasard des événements politiques fit de lui un gouverné passif, un membre du pouvoir délibérant ou un ministre puissant, il soutint toujours le régime du jour, ou,

(1) JHERING, *loco citato*, p. 169 et 170.

en temps de crise, celui qui avait le plus de chance d'être accepté, *l'ordre dans la nation* étant indépendant de la *forme du gouvernement*. Il écrivait à sa femme, d'exil, le 12 décembre 1797 : « N'est-on pas fatigué de faire de nouvelles constitutions ? Pourquoi ne pas se contenter de soutenir celle qui existe, celle avec laquelle on a organisé le gouvernement qui a vaincu l'Europe ? » Chaque Constitution est à son avis capable de faire le bien du pays, si toutefois les hommes savent *respecter* celle qu'ils se sont donnée.

C'est le *désordre* qui est à craindre, l'*anarchie* qu'il faut à tout prix éviter. Portalis serait bien près de souscrire, la violence mise à part !, aux paroles de Jhering, pour qui l'anarchie étant « l'impuissance du pouvoir public », « *qui y met fin n'importe comment, par le fer et le feu, n'importe qui : usurpateur ou conquérant, a bien mérité de la société; il en est comme le sauveur, le bienfaiteur; car toute forme d'Etat, si détestable qu'elle puisse être, est encore préférable à l'absence complète d'organisation sociale* » ¹. Mais pourquoi, au fond, Portalis craint-il si fort l'anarchie ? Est-ce aussi parce que c'est un « état antisocial, la décomposition, la dissolution de la société » ² ? Il n'est pas dans ses habitudes de se préoccuper si fort des *buts* de la société ou de son avenir. C'est parce que *le bien de la société* coïncide avec le *bien des individus* qui la composent, et parce que *la société en ordre* est propice à la réalisation de leurs buts à eux et à leur bonheur.

L'Etat garant des droits individuels, voilà la conception de Portalis, en accord avec la Déclaration des Droits, « terme dès longtemps entrevu d'une lointaine évolution..... dénouement du drame qui se déroule depuis le XV^e siècle » ³. Mais Portalis est obligé de lutter contre les disciples infidèles qui font de la liberté quelque chose d'absolu et de l'égalité quelque chose de possible. Il sanctionnerait l'opinion d'Auguste Comte, pour qui l'égalité est seulement « l'accessibilité à tous de l'inégalité ». Quant à la liberté, nous savons que Montesquieu a enseigné : « La liberté politique, dans un citoyen, est cette tranquillité d'esprit qui provient de l'opinion que chacun a de sa sûreté; et pour qu'on ait cette liberté, il faut que le gouvernement soit tel qu'un citoyen ne puisse pas craindre un autre citoyen » ⁴; définition qui enveloppe deux notions : celle de *sûreté* et celle d'*égalité des libertés*.

Les discussions qui précédèrent le vote de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen valent d'être citées, pour montrer par un exemple fameux, l'écueil que présente l'interpréta-

(1) JHERING, *Loco citato*, p. 210.

(2) *Ibidem*.

(3) BEUDANT, *Loco citato*, p. 139.

(4) MONTESQUIEU, *L'Esprit des Lois*, liv. II, ch. VI.

tion des noms abstraits. Les adversaires de la Déclaration, d'accord avec les idées qu'elle exprimait, craignaient seulement qu'elle ne soit mal comprise. Malouet, contestant l'utilité d'une déclaration formelle, s'exprimait en ces termes : « Remarquons bien qu'il n'est aucun des droits naturels qui ne se trouve modifié par le droit positif. Or, si vous présentez les principes et l'exception, voilà la loi; si vous n'indiquez aucune restriction, pourquoi présenter aux hommes dans toute leur plénitude des droits dont ils ne doivent user qu'avec de justes limitations ? ...Pourquoi commencer par les transporter sur une haute montagne, et leur montrer un empire sans limites, lorsqu'ils doivent en descendre pour trouver des bornes à chaque pas ? »¹.

Justement, l'*Etat* de Portalis est là *pour* veiller à la sûreté des citoyens, *pour* établir en ses lois la juste limite de leurs prérogatives, seule sauvegarde du droit de chacun en particulier. La volonté individuelle, pour être efficace, doit se mouvoir dans l'ordre commun. Elle a besoin du concours de la loi pour se réaliser elle-même : « Il n'y a de liberté solide que celle que les lois garantissent »². Alors, pour intéresser le droit à ses fins, elle réclame la collaboration de tous à l'ordre social. Car, dès que la société est sous la domination de l'arbitraire ou de l'anarchie, toute liberté s'évanouit. D'autre part, pour que les citoyens soient *sûrs*, il faut qu'ils aient *foi en l'Etat*, dans sa propre perpétuité, et dans la constance vigilante de ses lois.

Ce sont les idées que Portalis exprime avec toute la force de son éloquence : « Il est important qu'il y ait une certaine stabilité dans la législation. On ne s'est soumis au caprice des lois que pour ne pas l'être au caprice des hommes. L'objet est manqué si les lois ne sont rien, ou si elles ne sont elles-mêmes que des volontés versatiles et capricieuses. — Une correction faite à propos annonce l'attention particulière du législateur. La fréquence des changements annonce son ignorance ou son incertitude. — La force des tyrans vient de ce qu'on les craint; la force des lois vient de ce qu'on les respecte. Or, quel respect inspirera-t-on pour les lois que l'on fait, si on en montre soi-même si peu pour celles qui sont déjà faites ? — D'ailleurs, quelle sûreté y aura-t-il dans les contrats, quelle garantie pour les propriétés et pour les personnes, si les volontés publiques ont la mobilité des volontés particulières, si les lois sont changées avant qu'on ait eu le temps de leur obéir, s'il n'y a de constant, dans la législation, que le changement perpétuel de toutes choses ? — Comment se formeront les habitudes du peuple, quand on bouleversera sans cesse ses institutions ? Quel est le Gouvernement qui pourrait s'affermir au milieu de cette agitation, de cette inquié-

(1) Cité par BEUDANT, *Loco citato*, p. 141.

(2) *De l'Usage...*, II, p. 269.

tude générale, qui donne à chaque instant l'éveil aux passions, qui produit, chaque jour, une Révolution nouvelle dans les esprits, et qui ne laisse aucun repos à la société ? — De là, c'est une règle constante que, si les lois humaines ne sont point irrévocables, elles ne doivent du moins être changées ou abrogées, que lorsque des considérations graves d'intérêt public l'exigent. Cette règle est attestée par les formules insérées dans les lois de presque tous les pays, formules qui annoncent le vœu de la perpétuité. Partout la puissance législative est tempérée par des institutions sagement ménagées pour prévenir la précipitation et la versatilité des volontés publiques. » ¹.

Cet *ordre* nécessaire à la confiance et au développement simultané des individus, comment l'organiser ?

Les préférences de Portalis vont à la forme *républicaine* qui donne la plus entière satisfaction aux principes individualistes de *liberté* et d'*égalité*, et qui, par une *constitution* consentie par le peuple directement ou par ses représentants, est fondée sur la notion de *souveraineté populaire*. L'*Ordre* se manifeste dans la République, quand la constitution, acceptée de tous, dure, sans être violée par les gouvernants. L'expérience détruit, comme nous l'avons vu, les espoirs de Portalis. Une partie de ses concitoyens, gardant sans doute une mentalité d'esclaves, aliénait sa liberté, non plus seulement *en droit*, selon la tradition politique depuis le XVI^e siècle, entre les mains plus ou moins largement ouvertes d'un pouvoir *choisi* : elle l'abandonnait *en fait*, et toute entière, à la discrétion de sectes turbulantes ou d'assemblées tyranniques. Tandis que l'autre partie faisait sombrer sa victoire sous l'anarchie : Le « despote éclairé » avait, sans le dire, changé sa forme et multiplié ses têtes, qui se battaient entre elles pour conserver l'absolutisme...

Pour préserver malgré tout les conquêtes, dont les bénéficiaires ne savaient pas se servir, Portalis aperçut, comme bien d'autres, un remède : les déposer sur la couronne d'un roi, contre l'acquit d'une constitution inviolable. La Liberté devait *composer* avec l'Ordre indispensable. Mais le Roi n'était pas prêt, et ses sujets l'avaient oublié... Alors, comme l'Ordre, en conflit grandissant avec la Liberté, était sollicité contre elle par les victimes implorantes du massacre acharné, Portalis se tourna, pour les réconcilier, vers l'homme gigantesque, qu'il croyait sûr. Distinguant, après Montesquieu, la *liberté civile* qui doit avant tout être conservée aux hommes, de la *liberté politique* qui n'est qu'un *moyen* de l'obtenir, il sacrifia la liberté politique, dont ses concitoyens se montraient las, en confiant à Bonaparte, par la pensée, le soin de la liberté civile. Et Portalis ne vit plus jamais en lui que le continuateur de la Révolution, qu'elle-même avait appelé pour la réglementer.

(1) *Rapport* du 9 Messidor an V.

CHAPITRE TROISIEME

LA NATURE

« Les lois éternelles de la nature et de l'ordre existent : elles tiennent lieu de lois positives au sage; elles sont écrites au fond du cœur par la conscience et la raison. »

ROUSSEAU (*Emile* V).

Le dix-huitième siècle fut hanté par l'omnipotence de *la Nature*. L'*invocation* à la nature pénètre tous les domaines, après avoir séduit la littérature : l'art comme la politique, la raison comme le sentiment, l'étude du monde comme celle de l'homme. Le *mot* couvre les recherches intellectuelles, les doléances sociales, les mystiques solitaires comme d'un manteau enchanté, dont la présence *réaliserait* les spéculations, les désirs et les rêves. Pourquoi l'antique puissance se réveilla-t-elle alors dans le monde moderne ? Pourquoi la souveraine germanique s'égara-t-elle si longtemps dans les contrées occidentales ? Comme les autres, Portalis compare avec l'*état de nature*, les réformes sociales qu'il examine, soucieux de les voir évoluer dans l'*Ordre naturel*; il fonde tous ses raisonnements sur l'*observation de la nature*; il ne souhaite que des institutions conformes à la *nature des choses* et explique par la *nature humaine* les actions qu'il approuve; il établit ses projets sur les *lois de la nature*, et ne tenterait rien qui ne soit dans le *vœu de la nature*. Nous allons tâcher d'utiliser les écrits de notre auteur, en vue de comprendre l'idée qu'il se fait avec son époque de la Nature, et des métamorphoses de cette divinité.

D'abord, nous devons établir les différents sens du mot *nature*, correspondant aux différentes vertus qu'on lui attribue dans la deuxième partie du siècle. La séparation moyennageuse de la « naturante » et de la « naturée » se retrouve, sous une autre forme, dans les écrits de nos philosophes; les théories du seizième siècle, de si longue haleine, sur l'« état de nature » opposé à l'« état social » ont encore cours légal; l'être humain est maintenant morcelé, étant inséré pour une part dans l'immense *nature des choses*, tout en restant l'être privilégié que sa *raison* honore de la place centrale; bien plus, l'homme, obéissant aux *lois de toute la nature*, connaît en son cœur d'évidentes lois morales qui sont les *lois de la nature humaine*. Certaines de

ces expressions ne sont que des images, ou bien des survivances de vérités usées, auxquelles tous ne croient plus. D'autres représentent des *certitudes*, dont nous nous occuperons spécialement, après avoir brièvement rappelé les deux premières distinctions.

Le *naturalisme* de la Renaissance ayant tendu à confondre les choses humaines et les choses corporelles, beaucoup concevaient le mot *nature* comme antithétique de Dieu. Mais au même moment, Copernic et Képler énonçaient cette idée nouvelle que le cosmos n'est pas un système fermé, si bien que, comme le pensa Giordano Bruno, Dieu et le monde étant également infinis, Dieu et le monde sont donc le même être. Dieu, cause éternelle et principe des choses, fut personnifié sous le nom de *natura naturans*, tandis que le monde des phénomènes était nommé *natura naturata*. Malgré la distinction apparente, il s'agissait bien là d'un *panthéisme*, puisque *naturante* et *naturée* étaient une seule et même chose, envisagée tantôt dans sa substance identique sous les formes variables, tantôt dans les manifestations multiples de son être inépuisable.

Le dix-huitième siècle français avait hérité des expressions, dont il s'empara amoureusement, *pour leur forme*, sans toutefois se préoccuper, ni se pénétrer du *fond*, du panthéisme sous-jacent. Portalis, se laissant lui-même aller à employer le même mot dans des sens pourtant bien chrétiennement séparés, se donne la peine de prévenir ses lecteurs dans une note de son grand ouvrage¹ : « J'avertis que quelquefois le mot *nature* est pris dans cet ouvrage comme l'ensemble de tous les êtres et de tous les faits qui composent l'univers, et que quelquefois il est pris pour l'auteur même de la nature. Il ne peut y avoir d'équivoque à cet égard, parce que, dans chaque occasion, le sens de la phrase suffit pour déterminer celui dans lequel j'entends le mot *nature*. »

En ce qui concerne les expressions de droit public qui subissent une vogue unanime au dix-huitième siècle, nous avons vu, dans notre chapitre préliminaire, à quel point elles s'étaient également vidées progressivement de leur apport sensationnel, pour n'être plus, une fois vulgarisées, que *des formules*. Comme le dit M. Espinas : « L'état de nature ne figure plus dans la croyance commune de la fin du siècle, avant 1789, que comme une justification suprême d'ordre théorique des remaniements que le régime actuel nécessite »². Elles étaient donc devenues des mots d'ordre d'action politique, on pourrait presque dire : *de parti*. Mais les lettrés comprennent que l'état de nature est un raisonnement, et les conventions de modèles divers qui y auraient mis fin, des abstractions. Or, ces *habitudes de penser*

(1) *De l'usage...*, tome 2^e, p. 47.

(2) *La philosophie sociale du XVIII^e siècle et la Révolution*, Alcan 1898, p. 112.

avaient tellement pénétré les cerveaux, qu'elles y avaient laissé des traces vivaces et durables, inscrites dans le *langage*.

Portalès qui, nous l'avons vu, n'y croit pas, emploie lui-même les images faciles, comme : « *retour* à la loi naturelle », « on *remonte* au droit naturel ». Notre auteur dit par exemple aux Assemblées de Communautés : « C'est un pas que nous avons fait vers la liberté, c'est un retour au droit commun, au droit naturel lui-même ». Il s'écrie au Conseil des Anciens : « Dans ces moments, il s'opère un retour instantané à l'état de nature, qui fait cesser tous les rapports civils et politiques, et qui ne laisse subsister que ceux dont la *nature* elle-même s'est rendue garante entre les êtres de la même espèce » ¹. Il répète enfin sous le Consulat : « Quand on n'est dirigé par rien de ce qui est établi ou connu, quand il s'agit d'un fait absolument nouveau, on remonte aux principes du droit naturel » ². Ces négligences de style, ou plutôt, chez Portalès, ces métaphores furent des agents supplémentaires de confusion, et contribuèrent à embrouiller complètement les meilleurs esprits, agenouillés devant un mot qui emmêlait tant de pesantes notions.

Pour simplifier, envisageons que *la nature* s'entend de plusieurs sens distincts : 1° en tant que créatrice : *Dieu*, qu'il faut adorer; 2° en tant que création : les *faits*, qu'il faut *observer*; 3° dans sa créature supérieure : l'*homme*, qu'il faut *expliquer* et *diriger*; 4° dans les produits de sa créature : les *sociétés* et les *institutions*, qu'il faut *régir*. Ayant mis de côté le premier sens, qui sort du cadre de notre travail, nous grouperons les idées de Portalès dans quatre sections :

1° La nature des choses : l'*immuable*.

2° La nature des choses : le *divers*.

3° La nature de l'homme.

4° Le droit naturel.



(1) *Rapport sur les émigrés naufragés.*

(2) *Discours préliminaire du Code civil.*

SECTION I. — LA NATURE DES CHOSES : L'IMMUABLE

I

« Je vais puiser mes principes dans la nature même des choses, et déduire mes conséquences avec impartialité et sans offenser personne », dit Portalis au Conseil des Anciens¹. Voilà sa façon habituelle de procéder. Si l'on peut ainsi se permettre de fonder des *raisonnements* sur la nature, c'est que celle-ci est *connue*, c'est tout au moins que son étude doit être effectuée. Quelles méthodes employer ? Nous nous en doutons : ce sont l'*observation* et l'*expérience*, qu'il distingue en théorie, l'observation étant « l'attention méthodique que l'on porte sur un objet quelconque », et l'expérience « la preuve d'un fait par le fait même, c'est-à-dire par l'impression directe qu'il fait sur nous et qui atteste sa présence et sa réalité », mais qu'il confond en pratique, employant indistinctement l'un ou l'autre terme.

Il critique Descartes en leur nom : « Le goût des spéculations et des notions abstraites dominait encore trop ce philosophe lui-même : « que l'on me donne du mouvement et de la matière, disait-il, et je ferai un monde ! », ce qui signifie en d'autres termes : Je bâtirai une hypothèse. Peut-il donc être jamais question de créer un monde ? Ne s'agit-il pas uniquement d'étudier celui que nous habitons ? Ce mot de Descartes devint l'écueil de la science. Chacun mit sa propre sagesse à la place de celle de l'auteur de la Nature... Au lieu d'extraire un monde intellectuel du visible, on voulut régler le monde visible d'après le monde que l'on construisait à sa fantaisie. On croyait avoir suffisamment accrédité une *hypothèse*, quand on l'avait arrangée dans des proportions géométriques, ou quand on avait déduit géométriquement les conséquences dont on avait besoin. On raisonna, on calcula ce qu'avant tout il eut fallu observer »².

En effet, « l'expérience qui est le principe de nos connaissances, en est aussi la limite. *Expérience* et *nature* sont, à certains égards, deux mots synonymes : car l'expérience est la société de l'homme avec la nature »³. Les erreurs de l'expérience prouvant seulement notre propre faiblesse, c'est la seule « route que nous devons suivre » : « Il est pourtant nécessaire de savoir

(1) *Rapport* du 9 Messidor an V.

(2) *De l'usage...*, I, ch. 5.

(3) *De l'usage...*, I, p. 219.

à quoi s'en tenir; mais qui nous guidera ?... La *nature*. Ne nous écartons pas de ses voies; elle ne nous instruit que par l'expérience, et elle nous avertit par nos propres incertitudes que la raison qui n'est pas soutenue et dirigée par l'expérience n'est plus qu'une lumière faible et tremblante, qui, faute d'être entretenue, s'éteint au milieu de la nuit » ¹. Il cite à l'appui les « prodiges » opérés par « l'art d'observer ».

Enfin, *que faut-il observer ?* Les faits, car « les faits sont la nature » : « J'appelle *faits* tous les phénomènes et généralement tout ce qui existe d'une manière positive et sensible pour nous. Or, les faits, quels qu'ils soient, peuvent-ils être découverts, peuvent-ils être bien connus autrement que par l'observation et l'expérience, qui nous les rendent présents et sensibles » ². La *raison*, s'appliquant désormais aux résultats de l'expérience, découvre les *lois* qui régissent le monde : « Ce n'est qu'après avoir approfondi tous les faits particuliers que l'on peut former un ensemble : alors, on généralise, on promulgue des maximes, on établit des règles, on devient législateur; on abrège tout, parce qu'on voit tout » ³.

L'ensemble de ces lois forme le « système général de la nature » qui respire un *ordre* qui est *éternel* : « S'il est des lois et des sociétés que nous avons faites, il en est aussi que nous n'avons pas faites, et qui demeurent éternellement » ⁴. Ce système de la nature présente ainsi aux hommes deux images qui le caractérisent dans l'esprit général de la fin du dix-huitième siècle : celle de l'*ordre*, celle de l'*immutabilité*.

Les hommes et leurs sociétés, en tant du moins qu'ils participent à la Nature, à titre de *faits*, sont englobés dans son ordre éternel et universel. C'est pourquoi Portalis écrit en 1770 : « Les droits que la nature assure sont de tous les temps comme de tous les pays. Ils sont communs à tous les hommes de toute nation et de tout culte... Le bonheur et la multiplication des hommes sont deux objets étroitement liés dans le système de la nature et dans l'ordre immuable des sociétés. Par cela seul qu'un homme en naissant n'apporte que des besoins, il a droit comme homme aux productions de la terre, comme membre d'une famille au patrimoine de ses ancêtres, comme citoyen à la protection des lois. La loi ne pourrait être cruelle envers les enfants sans empêcher les hommes de devenir pères, sans arrêter la multiplication de l'espèce, sans attenter à l'ordre éternel des choses » ⁵.

L'homme ne se contente pas d'être régi par ces lois admirables. Il prétend légiférer lui-même. « La tâche de l'homme était,

(1) *De l'usage...*, I, p. 221.

(2) *De l'usage...*, I, p. 175.

(3) *De l'usage...*, I, p. 171.

(4) *Rapport au Conseil des Anciens sur le divorce*.

(5) *Consultation sur le mariage des Protestants*.

pour ainsi dire, d'achever le grand ouvrage de la création »¹. Mais les lois « positives » ne présentent que l'impuissance des hommes qui tendent, sans jamais l'atteindre, à la perfection du divin législateur. Voici quelques différences : « La nature régit tout : mais l'empire des lois positives est borné à leur territoire. En quittant le territoire, on cesse d'être soumis à leur souveraineté »². « Si la prévoyance du législateur est limitée, la nature est infinie; elle s'applique à tout ce qui peut intéresser les hommes »³. « La loi naturelle n'est limitée ni par le temps, ni par les lieux, parce qu'elle est de tous les pays et de tous les siècles. Mais les lois positives, qui sont l'ouvrage des hommes, n'existent pour nous que quand on les promulgue, et elles ne peuvent avoir d'effet que quand elles existent »⁴. « Si les lois de la nature sont inflexibles et invariables, les lois humaines sont susceptibles d'exception et de dispenses; quand on peut le plus, on peut le moins. Un législateur qui serait libre de ne pas porter la loi, peut à plus forte raison, déclarer qu'elle cessera en certains cas »⁵.

C'est à bon droit cependant que les lois humaines prennent comme modèles les lois naturelles, dont il faut qu'elles s'inspirent : « C'est dans le moment de cette grande et salutaire révolution de nos lois, qu'il importe de proclamer quelques-unes de ces maximes fécondes qui ont été consacrées par tous les peuples policés et qui servent à diriger la marche de toute législation bien ordonnée. Ces maximes sont l'objet du projet de loi que je présente, elles n'appartiennent à aucune temps particulier, elles sont comme les prolégomènes de tous les codes »⁶. « La loi doit gouverner comme la nature, c'est-à-dire avec une majestueuse simplicité. La nature ne voit que des hommes, la loi ne doit voir que des citoyens... Le point essentiel est que les lois et les institutions civiles soient tellement assorties aux besoins et à la situation du peuple qu'elles régissent, que tous les citoyens, quel que soit leur culte, puissent vivre, avec égalité de droits, sous l'empire général des lois, comme tous les hommes, quelles que soient leurs opinions religieuses, vivent sous le système général de la nature »⁷. « Il ne faut pas que la loi soit abandonnée au caprice des hommes. Sa marche doit être assurée et imperturbable. Image de l'ordre éternel, elle doit, pour ainsi dire, se suffire à elle-même. Nous lui rendons toute son indépendance, en ne subordonnant son exécution qu'à des délais, à des précautions commandées par la nature même »⁸.

(1) *Exposé des motifs du projet de loi sur la propriété.*

(2) *Rapport au Conseil des Anciens sur les émigrés naufragés.*

(3) *Discours préliminaire.*

(4) *E. M. du projet sur la publication des lois.*

(5) *E. M. du projet de loi sur le mariage.*

(6) *E. des M. du projet sur la publication des lois.*

(7) *Rapport au Conseil des Anciens sur le divorce.*

(8) *E. des M. du projet sur la publication des lois.*

Non seulement, les lois positives *doivent* imiter la nature, mais elles ne *peuvent* faire autrement. Il faut que l'éducation et les institutions, dit Portalis, « ne laissent point oublier aux hommes, qu'il est des choses qui ne sont pas faites à mains d'hommes, et qu'au-dessus de toutes les lois écrites, est une loi naturelle, qui est émanée de l'éternelle justice, que l'on ne peut violer impunément, qui commande aux individus et aux nations, aux sujets et aux rois, et dont les divers législateurs ne sont et ne peuvent être que les fidèles et respectueux interprètes »¹. Notre auteur dit autre part : « Il n'est pas au pouvoir des hommes de légitimer la contravention aux lois de la nature »². En fait : « Quand on parcourt les différentes législations, on trouve des lois qui ont dégradé l'homme. On en trouve qui ont abruti sa raison, mais il n'en est point qui n'ait à certains égards respecté la nature »³. Car, « les lois positives... ne s'écartent jamais entièrement de la loi naturelle et... lorsqu'elles paraissent s'en éloigner, ne le font que pour mieux assortir les vues de cette loi aux besoins de la société »⁴.

Les lois naturelles ont pour but de veiller sur la conservation de toute la nature, donc de l'homme qui en fait partie. Dans ce domaine, elles ne poursuivent pas seulement la continuité de la *propagation de l'espèce*, mais aussi le *bonheur* de l'homme qui y est lié : « Le bonheur et la multiplication des hommes, dit Portalis, sont deux objets étroitement liés dans le système de la nature et dans l'ordre immuable des sociétés⁵; et « Il est des maximes qui sont liées au bonheur de l'espèce humaine et qui intéressent essentiellement l'ordre social⁶ ». A qui est confié le bonheur de l'espèce humaine ? « Les corps de Nation, nous répond Portalis, ont le dépôt des maximes qui garantissent le bonheur de la société générale ou du genre humain, comme les pouvoirs particuliers établis dans un Etat ont le dépôt des maximes qui doivent garantir le bien de cet Etat⁷ ».

C'est ainsi qu'on peut parler du *vœu* de la nature : « Le *vœu* de la perpétuité dans le mariage étant le *vœu* même de la nature, il faut que les lois opposent un frein salutaire aux passions »⁸. En effet, « la nature, qui ne s'abandonne jamais ses propres ouvrages, marque son dessein et son but dans les êtres animés, par l'instinct dont elle les gratifie et par les moyens qu'elle leur fournit pour répondre à leur destinée⁹ ». La nature étant

(1) *De l'usage...*, II, p. 75.

(2) *E. des M. du projet de loi sur le mariage*.

(3) A propos du mariage des esclaves « Les gouvernements humains n'ont jamais connu ce despotisme terrible qui irait jusqu'à détruire et à étouffer l'instinct. » *Consultation sur le mariage des protestants*.

(4) *Discours préliminaire du Code civil*.

(5) *Consultation sur le mariage des protestants en France*.

(6) *Rapport au Conseil des Anciens du 25 Germinal an V*.

(7) *Rapport au Conseil des Anciens sur les émigrés naufragés*.

(8) *Discours préliminaire du Code civil* reproduisant les termes du rapport au Conseil des Anciens sur le divorce.

(9) *De l'usage...*, II, p. 47.

par essence favorable aux hommes, ceux-ci ont intérêt à suivre ses *indications*. Le législateur le fait notamment en ce qui concerne la famille : « Les lois civiles doivent interposer leur autorité entre les époux, entre les pères et les enfants; elles doivent régler le gouvernement de la famille. Nous avons cherché dans les indications de la nature le plan de ce gouvernement » ; les parents, dans l'éducation de leurs enfants, doivent « épier la nature, pour n'en pas contrarier les opérations, afin d'achever avec elle le grand ouvrage auquel elle daigne nous associer ¹ ». L'homme d'Etat comme l'administrateur doivent écouter la voix de la nature : « C'est la nature même qui, en rapprochant les trois villes (Marseille, Arles et Aix), en a préparé l'association » ; « il est naturel que le commerce trouve plus de privilèges là où il offre plus de ressources. La Nature, en le favorisant dans certaines contrées, trace elle-même les routes que doit suivre la politique. Voudrait-on s'écarter d'une indication aussi sûre ? » ² Il y a même des cas où la nature développe ses intentions, en se passant des hommes ! : « Le législateur n'a pas besoin de prohiber l'exportation des feuilles des mûriers. La nature y a suffisamment pourvu elle-même en rendant cette espèce de denrée très peu susceptible d'être exportée... La loi n'a rien à faire là où la nature a tout fait ³ ».

Comment les hommes pénètrent-ils les vues de la nature ? En écoutant leur cœur, où la Providence a gravé dès leur naissance d'évidentes lois morales, pour les diriger vers le bonheur. « Le cri de la nature a retenti dans le cœur de tous les hommes ⁴ ». « Bénissons la nature, qui, en nous donnant des penchants irrésistibles, a placé dans notre propre cœur, la règle et le frein de ces penchants ⁵ ». « Le malheur a je ne sais quoi de sacré qui, au milieu des plus sanglantes hostilités, commande le respect, et inspire cette douce et salutaire commisération que la Providence a gravée dans le cœur de l'homme pour modérer les passions haineuses, et pour être comme la sauvegarde de l'espèce humaine ⁶ ». « Il est, sans doute, une justice naturelle émanée de la raison seule, et cette justice, qui constitue pour ainsi dire le cœur humain, n'a pas besoin de promulgation. C'est une lumière qui éclaire tout homme venant en ce monde, et qui, du fond de la conscience, réfléchit sur toutes les actions de la vie ⁷ ».

L'homme a ainsi deux voies pour étudier la *nature* : le procédé des sens extérieurs et celui du sens intime. Portalis fait usage ici de sa *théorie de la connaissance* que nous avons ex-

(1) *Discours préliminaire*.

(2) *Mémoire à l'Assemblée Nationale*. Arch. mun. d'Aix, B B 114, f° 154 et v°.

(3) *Rapport de Portalis à l'Assemblée générale de Lambesc* du 20 novembre 1780.

(4) *Discours de présentation du Code civil*.

(5) *Discours préliminaire du Code civil*.

(6) *Discours au Conseil des Anciens sur les émigrés naufragés*.

(7) *E. des M. du projet sur la publication des lois*.

posée dans notre première partie. Si les *objets* sont connaissables grâce à l'*observation externe*, l'*homme*, autre fait de la nature, ne peut se connaître lui-même que par l'*expérience interne*. Mais l'homme n'est pas seulement une *partie* de l'organisation générale, aux lois de laquelle il *doit* se soumettre et qu'il admire assez pour les *imiter*; il en est le *sommet*, et aussi la *fin*, à qui la Providence a subordonné, pour son usage, les êtres et les choses¹. Se préoccupant spécialement du bonheur de l'espèce humaine, elle a mis encore à sa disposition, pour correspondre à l'*instinct* des êtres inférieurs, des *lumières innées*. Celles-ci lui enseignent à vivre, quand, sans prétendre les violenter, l'être humain se laisse guider par elles.

II

L'accent sur la nature, dont Portalis, administrateur, philosophe et législateur nous apporte l'écho, est au dix-huitième siècle le *leit motiv* des théories d'ordre le plus divers. La notion se trouvait déjà auparavant dans maintes philosophies, faisait le fond d'éternité et d'universalité des tragédies classiques, et avait séduit les politiciens précurseurs, en quête d'une doctrine opposable à l'ordre social qu'ils déploraient. Mais elle n'avait jamais été jusqu'alors à ce point le centre de ralliement de points de vue aussi hétéroclites. De nombreuses causes ont contribué à concentrer l'attention sur elle. Nous allons chercher à les retrouver, en vue de dégager celles qui baignèrent particulièrement les opinions de la fin du siècle, celles dans l'atmosphère desquelles travailla notre auteur.

Au dix-septième siècle, l'*éternité* se révélait dans la *nature humaine*. En effet, celle-ci était immuable, les mêmes passions et les mêmes rêves animaient les anciens et les modernes de tous les pays et les faisaient vibrer par leur seul spectacle, la même beauté sobre et régulière séduisait toutes les âmes. Cette soif d'*ordre* et de *symétrie*, ce désir général de continuer à se bercer avec confiance dans l'*identique*, ne déclinerent pas en même temps que les *arts* qui les avaient contentés, que la *raison* qui les avait permis. Il fallait trouver un autre objet traversant les lieux comme les siècles, qui se trouvât partout et toujours digne de l'admiration spontanée des générations.

A ce moment, nous sommes au début du dix-huitième siècle, les théories politiques distinguant l'état naturel de l'état social, recouvertes durant un règne en France par le faste et par la gloire, reprenaient vigoureusement leur essor, en même temps

(1) C'est bien l'idée inaugurée par BACON selon lequel l'homme doit obéir à la nature, c'est-à-dire en connaître les lois, pour commander à la nature.

que le mécontentement du pays, qui crut y trouver une *explication*. Si la société était si malheureuse, c'était donc que les conventions acceptées par les hommes naturels avaient été une duperie, tout au moins une erreur, dont leurs descendants supportaient les conséquences. Les doléances de ceux-ci contre l'état existant leur firent souhaiter le retour à un état naturel sur lequel ils collèrent leurs revendications, en les parant de toutes les séductions. L'hypothèse en se propageant devenait certitude. Ils oublièrent que ces théories étaient des *constructions logiques*, des *raisonnements*; ils crurent en leur *réalité*. Et ils se mirent à contempler la nature véritable, celle qui les entourait de mystérieuse grandeur. Et ils aperçurent l'ordre paisible de ses productions, le renouveau incessant de sa perfection, l'organisation divine de sa beauté. Et ils convoitèrent pour eux un état semblable.

Puis, attirés par l'émerveillement général, des *savants* se révoltèrent, qui *observèrent* la nature. On connut Bacon, on s'enthousiasma pour Newton. La physique fit des progrès rapides, la chimie renaquit, les sciences naturelles passionnèrent toutes les classes. Les plus élevées surtout avaient besoin de renouveler leur intérêt, car l'habitude du plaisir et de la frivolité commençait à déconcerter nos fortunés oisifs, qui allaient sombrer dans l'ennui. « L'étude des sciences expérimentales, dit M. Mornet, devint presque une religion nouvelle avec ses renoncements et ses extases » ¹. En effet, la religion traditionnelle était sur le point de se vider, la raison la sapant indirectement de ce qui faisait sa force sur les âmes. Comme on ne pouvait se passer de croyance, on adora le Créateur, non plus dans ses Saintes Ecritures, mais dans cette perfection universelle et palpable qu'il avait posée devant ses créatures, comme *modèle* inépuisable pour leurs propres ouvrages.

Alors vinrent des peintres qui la reproduisirent, des bergers et des bergères qui la chantèrent. Alors, des « promeneurs solitaires » se laissèrent griser par les sentiments insoupçonnés qu'on découvre auprès d'elle. Par une réaction de l'ambiance saturée de *nature*, les philosophes s'ancrèrent de plus en plus dans l'étude de ses lois, en utilisant les travaux déjà fort scientifiques de chercheurs consciencieux. Ceux-ci exaltaient l'organisation étonnante de la nature qui, comme la société, se renouvelle en durant : on mettait le doigt sur le principal défaut du fait social. L'ordre qui avait frappé, on voulut le retrouver, tous étant d'accord sur son existence antérieure. Mais, les divergences commençaient, quand il s'agissait de savoir à quelle époque se reporter. Était-ce à l'état de nature ayant précédé l'état artificiel de civilisation, comme le soutenaient les admirateurs de Jean-Jacques, propa-

(1) MORNET, *ouv. cité*, p. 94.

gandistes du bon sauvage ? Était-ce à quelque paradis perdu, mais déjà social, la société étant elle-même « une province du grand Royaume de la Nature », dont les hommes avaient démérité, suivant l'avis de certains physiocrates, désireux de concilier le Dogme avec l'Economie ? Les philosophes ne se rendaient pas compte de l'interprétation différente qu'ils donnaient à l'expression commune. Ils parlaient de l'Ordre naturel, et cela suffisait. La société présente violait les lois de cet ordre, c'était *évident*. On l'avait donc mal faite. Il fallait la reconstruire, suivant le plan que chacun proposait, et qu'il contemplait avec extase, parce qu'il l'avait tiré de lui-même.

Mais, les philosophes crurent en même temps révéler par les *lois naturelles* les bontés infinies de la Providence : ce qui prouve bien qu'aucune panthéisme ne se mêlait à leur culte, et que la Nature n'était pour eux que le *signe* de l'attention spéciale de Dieu pour l'homme. Car « tout est créé pour l'homme », répétaient à l'envie les ouvrages de l'époque, et Mercier de la Rivière écrivait : « Tous nos intérêts, toutes nos volontés viennent se réunir et former pour notre bonheur commun une harmonie qu'on peut regarder comme *l'ouvrage d'une divinité bienfaisante qui veut que la terre soit couverte d'hommes heureux* ». Cet état d'esprit, que Bernardin de Saint-Pierre a immortalisé par l'usage par trop prosaïque qu'il en faisait, n'était d'ailleurs pas nouveau. C'était au contraire une survivance qui, au dix-huitième siècle, entrava fâcheusement les progrès de la science, et qui, à cause de cela, ne devait pas tarder à être rejetée complètement par les matérialistes et les déterministes. Elle ne méritait pas cette exclusion que beaucoup jugent encore définitive, auxquels Montesquieu sut bien répondre : « Ceux qui ont dit qu'une *fatalité aveugle a produit tous les effets que nous voyons dans le monde*, ont dit une grande absurdité : car quelle plus grande absurdité qu'une fatalité aveugle qui aurait produit des êtres intelligents ? » ¹. Elle devait seulement être reléguée dans un chapitre spécial, aux confins de la science, pour permettre à celle-ci, peut-être un jour, d'en expliquer ou même d'en fonder l'indéfectible attraction. Domet l'exprimait déjà, naïvement, dans cette jolie formule : « Tout ce que renferme la terre et les cieux n'est qu'un appareil pour tous nos besoins, qui périra quand ils cesseront » ², que Portalis confirmait en développant cette simple observation : « Qu'y-a-t-il d'extraordinaire quand on dit que tout est fait pour l'homme, puisque, de tous les êtres connus, l'homme est le seul qui sache user de tout » ³.

L'ordre naturel était donc bien plutôt l'ordre voulu par

(1) *L'esprit des Lois*, L. I., ch. 1^{er}.

(2) *Court traité*, ch. 1^{er}.

(3) *De l'usage...* I, p. 260.

Dieu pour le bonheur des hommes, c'est-à-dire l'ordre providentiel¹. Tout dans la nature est ainsi condition du bonheur de l'homme : l'ordre général *renfermant* les lois constitutives de l'ordre social, qui est « partie des lois générales et immuables de la création », la société doit à plus forte raison apporter ce bonheur, et les *lois sociales* ont pour mission de l'assurer à tous, en organisant « une ménagerie d'hommes heureux », suivant l'expression de d'Argenson.

Selon quel plan établir une telle société ? Croyant combattre Descartes au nom de l'observation, le dix-huitième siècle était imbu de son *évidence* : « L'ordre n'a besoin que d'être connu pour être observé, et un examen suffisant rend tout évident ». L'homme, lisant le « code de la nature » écrit au fond de son cœur, n'a qu'à s'inspirer de l'*évidence* pour faire cesser tous ses maux, « fruits nécessaires de notre ignorance sur la disposition » des « lois naturelles de la société »². « Rien au monde qui puisse nous intéresser autant que la connaissance de cet ordre précieux; mais ce qui nous prouve bien que l'Auteur de la nature a voulu que nous fussions heureux, c'est que tous les hommes sont appelés à cette connaissance »³. En effet : « L'ordre est institué pour tous les hommes, et tous les hommes naissent pour être soumis à l'ordre; il est donc dans l'ordre, qu'ils soient tous appelés à la connaissance de l'ordre, aussi ont-ils tous une portion suffisante de lumières naturelles par le moyen desquelles ils peuvent s'élever à cette connaissance »⁴. Mais l'optimisme est conditionnel, il est subordonné à l'obéissance des lois de la nature par l'homme « dont l'esprit est convaincu, avait dit Domat depuis longtemps, sans raisonnement, par l'évidence de la vérité »⁵.

III

Nous voyons à quel point la pensée de Portalis, que nous avons exposée au premier paragraphe, est conforme à celle de son époque, que nous venons d'essayer de retracer dans ses grandes lignes. La doctrine des physiocrates qui, sans innover vraiment, présentait plutôt une sorte de synthèse qui explique son succès et comme le couronnement d'aspirations et d'habitudes d'origines diverses, *coagula* ces conceptions. A ce moment, après un accord prolongé sur quelques-unes des grandes idées dont ils

(1). Voir GIDE et RIST, *Histoire des Doctrines Economiques*, ch. sur les Physiocrates, particulièrement le parag. intitulé « l'ordre naturel ».

(2) MERCIER DE LA RIVIÈRE, de *l'Ordre naturel et essentiel des sociétés politiques*, Discours préliminaire.

(3) MERCIER DE LA RIVIÈRE, *ibid.*, 1^{re} partie, ch. 4.

(4) MERCIER DE LA RIVIÈRE, *ibid.*, 1^{re} partie, ch. 8.

(5) *Court Traité*, ch. XXV.

se croyaient les champions, une bifurcation se produisit, l'unanimité se disloqua : la cassure éclata avec le triomphe de l'*Encyclopédie*. Après avoir montré du siècle ce que confirma notre auteur, rappelons brièvement le côté dont il se sépara et qu'il eut à combattre.

Physiciens et naturalistes effectuaient des observations et des recherches sur la *matière* : biologistes et médecins étudiaient la *constitution* de l'homme. Les uns et les autres avaient leurs regards tournés vers l'*aspect sensible* et le *mécanisme objectif* des phénomènes. Là résidait l'attrait de la nouveauté et d'une curiosité avide de terrains inexplorés. On voulut faire de même en philosophie. Diderot fut l'initiateur de la méthode, qui permettait d'« aboutir à une explication non plus rationaliste et abstraite de la vie, mais matérialiste, c'est-à-dire toute entière soutenue par des expériences qui se suffisent à elles-mêmes sans l'intervention d'un principe spirituel insaisissable et, par conséquent, arbitraire » ¹. Les théories sensualistes en vogue joignaient leurs conséquences au résultat de la démarche, que La Mettrie systématisa : « On a cru qu'un peu de boue organisée pouvait être immortelle; la nature désavoue cette décision puérile. Ecrire en philosophe, c'est enseigner le matérialisme. »

Le contre-coup sur les conceptions d'ordre général fut immédiat. Mélangeant les différentes études poursuivies, on assimila *naturel* et *matériel*, par l'intermédiaire de *physique* : « Tout est physique dans la nature, disait Mercier de la Rivière; ainsi, l'ordre naturel, dont l'ordre social fait partie, n'est et ne peut être autre chose que l'ordre physique » ². Ce dernier terme cumulait les deux acceptions; une citation de Dupont de Nemours nous le montre dans toute sa confusion : « L'ordre naturel est la constitution physique que Dieu a lui-même donnée à l'univers. » ³. La création elle-même devenant exclusivement « physique », le seul travail créateur est celui qui s'applique à la *terre* ⁴. Les idéologues allaient bientôt rechercher spécialement les *rapports du physique et du moral* ⁵, surtout dans le but d'*expliquer* l'homme moral par des constatations d'ordre physique. Toutes ces découvertes plaisaient, car elles *servaient* la réaction contre le *dix-septième siècle moral*, qu'on jalousait.

Nos philosophes furent ainsi portés à assimiler leur science naissante à l'étude de la matière. L'athéisme n'était pas loin. « Il va être nécessaire à Volney (réaction instinctive de l'époque sur l'écrivain), de faire voisiner ce Dieu adorable, et qu'il ne faut pas offenser, avec l'explication mécaniste et rationaliste du

(1) MORNET, ouvrage cité p. 103.

(2) *De l'ordre naturel et essentiel*, 1^{re} partie, ch. 61.

(3) *Introduction aux œuvres de Quesnay*, p. 21.

(4) Voir la doctrine des *Physiocrates*.

(5) Voir notamment les *communications* de Cabanis à l'Institut.

Monde. La liaison se fera par l'idée de *loi naturelle*, où se fondent l'instinct divin encore tout puissant dans la masse, la nature chère à Rousseau, combattu mais non encore éliminé, l'idée de la mathématique universelle, régisseuse des mondes, venue tout droit d'Helvétius et d'Holbach » ¹. M. Gaston Martin exprime très bien, dans ce passage, l'équivoque qui allait tirailler la fin d'un siècle, qui consacrait sous un vocable trompeur des idées rivales et pour longtemps en guerre.

IV

Nous avons insisté sur la notion de *nature des choses*, envisagée sous son aspect d'*immuabilité* et d'*ordre*. Le dix-huitième siècle continuait par là la longue chaîne *classique* qui avait sanctionné l'élévation régulière et grandiose des temples grecs, la stature fière et puissante des sculptures romaines, les tableaux de rêve et de beauté paisible de la Renaissance, les sentiments humains des héros tragiques du grand siècle, et qui permettait l'actuelle invocation soumise et si confiante à la Nature, que Dieu avait *donnée* aux hommes. Il ne se contenta pas cependant de suivre des modèles étonnants qu'il ne pouvait atteindre. Dans une deuxième section, nous allons envisager l'aspect nouveau que présentait très tôt et cumulativement la *nature des choses*.

Portalis consignait, à l'âge de dix-huit ans, les remarques suivantes, inspirées d'un précoce jugement : « Dans le nombre des préjugés qui ont paru dans les différents âges du Monde, il y en a un qui reparait dans tous : c'est de croire que les siècles passés sont supérieurs au nôtre. Les louanges que nous sommes obligés de donner à des auteurs contemporains sont moins des éloges que des apologies; leur véritable gloire ne commence à vivre que lorsqu'ils ne vivent plus; et ils ne triomphent de la mort, que lorsque la mort semble avoir triomphé d'eux-mêmes. Les hommes ne savent louer que le passé, on dirait qu'ils n'existent que dans les siècles où ils n'ont pas vécu. Notre siècle surtout est en contradiction avec lui-même : il aime la nouveauté et la méprise; il admire les anciens, et ne veut pas qu'on les imite; il est charmé qu'on lui plaise en écrivant, et il ne veut pas qu'on écrive pour lui plaire. Il prétend que tout est dit. Les découvertes de nos modernes n'empêchent pas de dire que les anciens ont tout découvert; on désespère toujours de voir perfectionner les productions de nos pères. La vanité, mesurant les forces de la nature sur notre faiblesse, nous fait regarder comme chimérique tout ce que nous ne voyons pas existant; l'indolence et le vice s'appuyent sur

(1) Gaston MARTIN. *Introduction à Volney : Catéchisme du citoyen*.

cette prétendue impossibilité, et ce que l'on ne voit pas tous les jours, l'homme faible prétend qu'on ne le verra jamais. Désabusions-nous : tous les siècles sont rivaux; les disputes sur les anciens et sur les modernes, dit M. de Fontenelle, se réduisent à savoir si les arbres d'autrefois étaient plus grands que ceux d'aujourd'hui. L'homme n'est-il pas homme, dans tous les siècles ? etc... » ¹.



(1) *Des préjugés*, p, 21.

SECTION II. — LA NATURE DES CHOSES : LE DIVERS

I

Une fois sollicités à l'examen par l'*harmonie* de la nature, ses contemplateurs furent bien obligés de constater en elle du *divers* et du *variable*. Ainsi, la nature, à son tour, devait bouleverser l'esprit de ses admirateurs, en leur présentant une fastueuse débauche de productions désordonnées, un mystérieux mouvement de capricieuses floraisons. Ce fut l'étonnement du siècle, en même temps qu'une distraction appréciable pour des étudiants comblés de loisirs. Cette découverte coïncidait avec une curiosité débridée soudain par sa révolte contre l'ancien et le convenu. On se mit à faire des voyages, à découvrir le vaste monde. On connut la *géographie*. On étudia les climats et les ressources lointaines. L'*exotisme* devenait à la mode. Les voyageurs relataient leurs exploits au public en extase, les coutumes étranges, les hommes hétéroclites qu'ils avaient approchés, dont les croyances variées emplirent de confusion et ajoutèrent à l'ébranlement de la foi, peu à peu vacillante. En un mot, on devint *réaliste*.

Cet esprit pénétrait également l'*histoire*. Voltaire, dans l'*Essai sur les mœurs et l'esprit des nations*, montra que les mœurs humaines sont infiniment diverses. Participant au besoin d'observation naissant à son époque, il voulut fonder l'histoire sur des recherches exactes. Montesquieu installa la géographie dans l'histoire. Il *observa* le monde dans ses détails et dans son ensemble. Il étudia non l'homme *abstrait* comme ses prédécesseurs, mais l'homme dans ses œuvres *concrètes*; l'homme concret ne pénétrant à son avis que le relatif¹. Il aboutit ainsi au *relativisme historique*, qu'il appela aussi *nature des choses*, ce qui fit dire à Beudant étonné : « Telle qu'il l'entend, cette nature des choses, contrairement au sens habituel des mots, n'a rien de permanent; elle est au contraire variable à l'infini, puisqu'elle n'est que ce qui amène les choses et les explique »². Là réside justement la source du succès et de l'influence de Montesquieu : à l'inverse de la généralité des auteurs politiques et juridiques, tenants exclusifs du droit naturel, il peignit la *nature* dans ses *différences* internes, il décrivit les *lois* dans ce qui les *diversifie*.

(1) Voir TCHERNOFF, *ouv. cité*, p. 6.

(2) *Ouvr. cité*, p. 116.

Etudiant les réalités qui façonnent l'esprit humain, ayant le projet de présenter au public une sorte de *traité de législation comparée* — nous voulons parler de l'*Esprit des Lois* —, il fut amené à remarquer que la *raison* unique, permanente et universelle de l'homme immuable, n'a pas tout pouvoir dans le choix du gouvernement de l'Etat et dans l'établissement de ses lois. Il fit intervenir alors « les causes générales, soit morales, soit physiques qui agissent dans chaque monarchie... tous les accidents sont soumis à ces causes;... en un mot, l'allure principale entraîne avec elle tous les accidents particuliers »¹. Ses lecteurs devaient être frappés surtout de ces influences extérieures, telles que la nature du sol, le climat, l'étendue du territoire, le chiffre de la population, sur lesquelles il insistait parce qu'elles étaient peu connues de l'époque, *causes physiques* qui allaient pourtant lui devenir chères.

Les Physiocrates reprochèrent à Montesquieu de n'avoir parlé que des *lois positives*, « en laissant son bel édifice imparfait », et insistèrent eux-mêmes sur l'autre partie de l'édifice. Mais ils ne devaient pas oublier qu'ils avaient puisé dans ses ouvrages, en en trahissant d'ailleurs l'esprit, car ils divinisèrent les *causes physiques* de Montesquieu qu'ils assimilèrent à *naturelles* : au lieu de les laisser déterminer la raison, comme il avait voulu, ils en mirent la connaissance *évidente* dans la raison elle-même, ce qui supprimait, en réalité, par un tour de passe-passe, toute la *nécessité* qu'impliquait l'*Esprit des Lois*.

Citons un passage de Mercier de la Rivière qui va nous montrer comment d'autres confusions furent faites : « De même que *tout ce qui n'est pas vérité n'est qu'erreur*, de même aussi *tout ce qui n'est pas évidence n'est qu'opinion*, et tout ce qui n'est qu'opinion est arbitraire et sujet au changement. Il est donc évident que de simples opinions ne peuvent suffire à l'établissement de l'Ordre naturel et essentiel des sociétés; on ne peut élever un édifice solide sur un sable mouvant; et il est impossible qu'un acte qui ne comporte rien d'arbitraire, qui est et doit être immuable, puisse avoir pour base un principe arbitraire, et d'autant plus incontestable, que quelque sage qu'on puisse supposer une opinion, dès qu'elle n'est point évidente, elle n'est jamais qu'une opinion... »².

On *assimila* les distinctions d'ordre divers qui étaient admises en même temps par tous : 1° la distinction des *philosophes* entre *immuable* et *divers*; 2° celle des *juristes* entre *naturelle* et *humaine*; 3° celle des *Economistes*, entre *évidence* et *opinion*. Les lois *naturelles*, en même temps lois *physiques*, étaient *immuables* et connues par l'*évidence*. Tandis que les lois *humaines* ou *posi-*

(1) *De la grandeur des Romains et de leur décadence* ch. XVIII.

(2) *Ouvrage cité*, 1^{re} partie, ch. VIII.

tives, étaient *diverses*, car elles reflétaient les *opinions*, ce qui les rendait *arbitraires* (contrairement à toute la démonstration de Montesquieu qui devenait lettre morte). Voilà comment on arriva à l'état d'esprit général qui aboutit à la Révolution française, selon lequel la raison peut arbitrairement construire une société, esprit que devait si péniblement combattre Portalis, comme nous avons essayé de le montrer dans le premier chapitre de notre deuxième partie.

II

Portalis fut un des plus ardents disciples de Montesquieu et, dans la *nature des choses*, il engloba comme lui du *divers* et du *relatif* : « Il y a aura toujours divers ordres de lois, disait-il au Conseil des Anciens, parce qu'il y aura toujours divers ordres de choses... Quand on veut alléger sa pensée et abrégé ses méditations, on se hâte de lier presque tout à, quelques idées générales, et on se dispense de comparer, d'approfondir et de distinguer les nuances et les exceptions. Mais, pour faire des lois raisonnables, il faut, avec discernement et précision, étudier la nature des choses, leurs rapports, leur dissemblance et ne pas s'exposer au danger de régir, par les mêmes principes, des objets qui sont d'ordre différent » ¹.

Il résumait directement les idées de Montesquieu, en les combinant avec celles qui en étaient la conséquence, mais qui faisaient bien nouveau à l'époque, celles de Voltaire qui compartimentait les peuples comme les siècles : « Chaque Etat a sa constitution, son gouvernement; chaque peuple a son caractère, ses mœurs, son génie, son territoire. Le code civil d'une nation doit se combiner avec sa manière d'être, avec la nature de son terrain, avec le goût et les habitudes des citoyens. Ce serait un très grand hasard que les lois politiques et civiles d'un peuple puissent entièrement convenir à un autre peuple » ².

S'opposant donc en cela aux lois naturelles dont nous avons vu les propriétés, « les lois humaines ne sauraient être irrévocables. Leur nature est d'être soumises à tous les accidents qui arrivent, et de varier avec les temps et les choses » ³. Car « les lois ne sont pas de purs actes de puissance. Ce sont des actes de justice, de sagesse et de raison : elles doivent être propres au peuple pour lequel elles sont faites; elles ne doivent choquer ni sa situation, ni ses intérêts » ⁴. Et il désirait qu'on appliquât cette distinction, dans l'étude historique des lois : « Pourquoi

(1) *Discours sur la contrainte par corps*, 24 Ventôse an V.

(2) *ibid.*

(3) *Rapport du 9 Messidor an V.*

(4) *Rapport sur le divorce* 27 Thermidor an V.

ne pas distinguer encore, parmi les lois romaines, celles dans lesquelles les législateurs romains n'avaient été que les religieux interprètes du droit naturel et les ministres éclairés de la raison universelle, de celles qui ne tenaient qu'à des institutions particulières étrangères à notre situation et à nos usages ? » ¹.

D'ailleurs, contrairement à Voltaire, *l'histoire* avait pour lui une portée *pratique* : « L'histoire est, par sa destination naturelle, un cours de sagesse pratique » ². « C'est pour régler notre conduite au milieu des hommes avec lesquels nous vivons, que nous avons besoin d'étudier et de connaître ceux qui ne vivent plus » ³. Car « l'histoire est une sorte de vie à venir, que les grands et les héros redoutent... » ⁴.

Il exalta Montesquieu : « Dans les sciences, comme dans les lettres et dans les arts, tandis que les talents ordinaires luttent contre les difficultés et s'épuisent en vains efforts, il paraît subitement un homme de génie qui s'élance et va poser le modèle au delà des bornes connues. C'est ce que fit dans le dernier siècle le célèbre auteur de *l'Esprit des Lois*; il laissa loin derrière lui tous ceux qui avaient écrit sur la puissance; il remonta à la source de toute législation; il approfondit les motifs de chaque loi particulière; il nous apprit à ne jamais séparer les détails de l'ensemble, à étudier les lois de l'histoire, qui est comme la physique expérimentale de la science législative; il nous mit, pour ainsi dire, en relation avec les législateurs de tous les temps et de tous les mondes » ⁵.

Il montra l'originalité des idées de Montesquieu en face de celles de l'époque pour laquelle il écrivait : « On ne peut bien juger des faits qu'en remontant au temps où ils se sont passés. La plupart des hommes de notre temps sourient lorsqu'on leur parle des institutions de Lycurgue... Le mal est qu'entraînés par tout ce qui nous environne, nous transportons perpétuellement nos idées, nos préjugés et nos mœurs, dans des siècles où l'on avait d'autres mœurs, d'autres préjugés et d'autres idées... Il ne suffit même pas de juger les faits d'après l'allure générale du siècle dont ils forment les annales; il faut encore les combiner avec le génie particulier du peuple dont on étudie l'histoire; avec les lois politiques, civiles et religieuses de ce peuple; avec le degré de civilisation et de lumières où il est parvenu à chacune des époques dont on s'occupe, avec les circonstances successives de prospérité et de malheur, de grandeur d'âme et de décadence, dans lesquelles il pouvait se trouver; enfin, avec toutes les révolutions subites ou insensibles qui agissent sans cesse sur les institutions

(1) *De l'usage...* II, p. 214.

(2) *De l'usage...* II, p. 15.

(3) *De l'usage...* II, p. 12.

(4) *De l'usage...* II, p. 13.

(5) *Exposé des motifs du projet de loi sur la réunion des lois civiles.*

et les mœurs d'une nation ou qui les bouleversent violemment¹ ».

Enfin, il délimita la part d'influence des prédécesseurs sur l'œuvre de son maître, pour mieux vanter le génie de celui-ci : « Déjà Domat, plus philosophe qu'on ne pense, avait conçu et exécuté le projet de réunir en un seul corps les nombreux matériaux épars dans les volumineuses collections de Justinien et de présenter les lois civiles, rangées dans leur ordre naturel. Mais il était réservé à Montesquieu de faire luire un nouveau jour sur la grande science de la législation et des gouvernements. La connaissance raisonnée de l'histoire et de la morale avait conduit ce grand homme à l'examen du droit public des nations, et des coutumes diverses qui les régissent. Dans ses vastes conceptions, il embrassa toutes les espèces de lois, politiques, civiles et religieuses; il nous fit apercevoir entre elles des relations qu'on ne soupçonnait même pas avant lui; il les confronta avec les mœurs et le caractère de chaque peuple; avec le sol et le climat de chaque contrée. Au milieu des événements qui ont si fréquemment agité le monde, il nous révéla l'origine des divers gouvernements, leurs constitutions et leurs forces relatives; il indiqua les causes successives de leur grandeur, de leur décadence et de leur chute; on eût dit qu'il avait reçu du ciel les balances d'or, pour peser la destinée des empires. Il sonda tous les mystères de la jurisprudence, à travers les débris et les ruines qui nous restaient des anciennes institutions, il sut distinguer l'ouvrage de la nature d'avec celui des hommes, et reconnaître les principes éternels de la souveraine équité. Il dissipa, pour ainsi dire, par un souffle de son génie, l'amas de poussière et de sable qui s'était amoncelé autour de l'édifice, et qui nous en dérobaient les antiques et majestueux fondements. Le chaos des lois fut débrouillé, et nous eûmes le plan, le secret des législateurs de tous les pays et de tous les siècles. — L'ouvrage de Montesquieu électrisa toutes les têtes. Les instructions qu'il renfermait furent également utiles au souverain qui est appelé à faire des lois, au jurisconsulte et au magistrat qui sont chargés de les appliquer. On vit mieux et plus loin dans l'immense territoire des matières législatives. On a dit que sans Cujas, Montesquieu n'eût pas fait son *Esprit des Lois* : cela peut-être; mais si j'ose en croire ma propre expérience, n'est-ce pas, au contraire, Montesquieu qui nous a fait trouver des ressources secourables dans les longs et laborieux commentaires de Cujas ? En nous éclairant, il nous a rendu plus sensibles les vérités qui étaient comme ensevelies dans les fastidieuses discussions de nos anciens auteurs, et que

(1) *De l'usage...* II, p. 6.

l'on peut comparer à des étincelles qui s'échappent au milieu d'une fumée capable de troubler la vue¹ ».

Il avait écrit plus justement : « Nous sommes plus ou moins formés par les circonstances dans lesquelles nous vivons. Au milieu de l'ignorance et de la barbarie, on a vu quelques hommes rares s'élever par les seuls efforts de la raison, au-dessus des préjugés de leur temps, et faire étinceler quelque rayon de lumière dans une nuit obscure; mais les mêmes hommes auraient produit de plus grandes choses dans des circonstances plus heureuses. Sans Grotius et Cujas, Montesquieu n'eût peut-être pas fait son *Esprit des Lois*; mais à l'époque où Grotius et Cujas écrivaient, ils n'auraient pu faire cet ouvrage... Que sont devenues les découvertes les plus importantes, lorsqu'elles ont été faites dans un temps où l'on n'était pas prêt à les recevoir ? Elles ont été perdues par les contemporains; c'étaient des plantes jetées sur un sol ingrat² ».

M. Mornet se trouve entièrement dans le vrai — les écrits de Portalis viennent confirmer son opinion, ne mentionnant *nulle part* la théorie de la séparation des pouvoirs ou celle de la constitution anglaise — quand il écrit : « Ni la théorie des gouvernements, ni l'équilibre des pouvoirs ne sont la partie essentielle de l'œuvre de Montesquieu. Ce n'est pas, quoiqu'on en ait dit, celle qui a eu le plus d'influence; la savante harmonie de la constitution anglaise a été très vite et très énergiquement discutée. Ce qui a le plus séduit et ce que Montesquieu a sans doute préféré, c'est l'étude non pas de ce qui rapproche, mais de ce qui diversifie les lois. Ce sont les livres où Montesquieu étudie successivement comment les lois doivent être adaptées au climat, au « terrain », à l'« esprit général »³. Nous avons cru devoir citer soigneusement le jugement de Portalis sur son auteur préféré, et la façon dont il résumait ses ouvrages, justement parce qu'il montre bien ce qui de Montesquieu avait frappé ses contemporains et disciples immédiats.

III

Quels furent, dans la réalité, et nonobstant l'avis de Portalis, les inspireurs directs de Montesquieu ? En premier lieu, Cujas, le fondateur de l'*Ecole historique française* qui devait, de l'aveu même de ses disciples d'outre-Rhin, donner l'impulsion à l'*Ecole historique allemande*, s'est le premier attaché à remettre les textes et les faits rapportés par l'histoire dans leur

(1) *Eloge d'Antoine Louis Séguier*, p. 12.

(2) *De l'usage...* I, ch. 3^e.

(3) *Ouvrage cité*, p. 69.

cadre, et à leur restituer leur portée première, spécialement en ce qui concerne le Droit, dont il a visé la reconstitution historique. Portalis, à notre avis, a tort de s'insurger contre la parenté *nécessaire* qu'on impliquait déjà entre son héros et Cujas; elle ne diminue en rien Montesquieu, tout en relevant de l'oubli possible un auteur qui fut tout de même compris et apprécié puisqu'il eut un énorme succès. On peut avouer son mérite et son influence à une époque où la science historique n'existait pas, sans porter préjudice au génie de Montesquieu, qui a systématisé et canalisé sa vaste érudition. La remarque de Portalis prouve cependant l'impatience qu'on avait de son temps des auteurs de langue morte auxquels on préférerait le style plus clair et plus accessible des écrivains purement « modernes ».

En deuxième lieu et à un autre point de vue plus particulièrement relatif aux « découvertes » de Montesquieu, qui se trouvent ainsi diminuées, on doit mentionner Bodin, que Portalis omet de citer à ce sujet. Il est remarquable que cet auteur du seizième siècle, s'est non seulement intéressé à l'*histoire économique*¹, mais a cherché à écrire une sorte d'*histoire de la civilisation*, comprenant l'étude diversifiée des institutions, des mœurs, des lois et de leurs mutuelles influences. Il a étudié, d'après les *faits historiques*, l'évolution de plusieurs institutions, en comparant leur organisation, à travers le temps et l'espace². Il a insisté particulièrement sur les causes *physiques*³ (géographiques et physiologiques) de l'histoire, qui représentent *plus* qu'une « théorie des climats ». Enfin, combinant ses nouvelles conceptions avec les théories régnantes, il en a conclu de bonne heure, en face de l'*histoire « naturelle »*, résultat *déterminé* des causes énoncées, « suite de causes enchaînées et dépendantes l'une de l'autre », à l'*instabilité* de l'*histoire humaine*, conditionnée de façon plus lointaine par les causes proprement physiques, car en grande partie servante de la volonté de l'homme.

Si Cujas a établi la *trame* de l'ouvrage essentiel de Montesquieu, si Bodin en a préparé la partie *matérielle*. Domat en a indiscutablement fourni la partie *rationnelle*. Il fit plus que de ranger les lois divines et arbitraires « parce qu'elles dépendent de la prudence de ceux qui ont droit de les établir⁴ », dans un ordre naturel, mérite que Portalis lui reconnaît seulement. En vrai disciple de Descartes, il commença par indiquer dans sa préface une méthode quasi-géométrique, faite de clarté et d'évidence. Puis, il appliqua sa *raison*, comme devait faire Montesquieu, au divers des lois civiles pour « distinguer les ma-

(1) Voir les *Réponses aux Paradoxes* de M. de Malestroit.

(2) Voir la *Méthodus*...

(3) Voir les *six livres de la République*.

(4) Préface des *Lois civiles dans leur ordre naturel*.

tières du Droit et les assembler suivant le rang qu'elle ont dans le corps qu'elles composent naturellement; diviser les matières selon les parties et ranger en chaque partie le détail de ses définitions, de ses principes et de ses règles, n'avançant rien qui ne soit ou clair par soi-même ou précédé de tout ce qui peut-être nécessaire pour le faire entendre¹ ». Comme Montesquieu encore qui ne se trouvait content que quand il avait l'appui des Romains, il laissait cependant, à côté de la raison, une part à l'*autorité*, celle des textes du Droit romain, « qui ajoute cet effet à leur certitude (des lois civiles) que l'esprit se met en repos, voyant déjà la vérité par lui-même et s'assurant encore que son jugement est soutenu de celui de tant de personnes habiles qui ont été les Auteurs de ces lois, et de l'approbation universelle qu'elles ont partout depuis tant de siècles² ». Surtout, après un long passage sur l'*Esprit des Lois*, dont « le discernement » doit « juger les questions », il composa *toutes les règles* que devait reproduire Montesquieu avec succès, sur la manière de légiférer³. C'est le canevas qu'avait conçu timidement Domat que Montesquieu élargit génialement, profitant de l'expérience acquise et de la marche du temps, qui avait vu bientôt naître, puis s'accumuler les explorations et rapports de voyageurs, tandis que son prédécesseur, victime de son siècle, n'avait guère eu sérieusement à sa disposition que les lois civiles d'un seul peuple.

Montesquieu utilisa donc notamment ces différents auteurs. Mais il réalisa sur eux un progrès énorme, en présentant dans ses ouvrages une formidable synthèse de leurs découvertes : il introduisit *une sorte de nécessité*, même dans les lois humaines, qui avaient jusque là été considérées comme arbitraires, malgré quelques éclairs de Bodin, et qui devaient bientôt le redevenir... Comme nous l'avons vu plus haut⁴, le milieu du siècle refit la confusion entre *naturel* et *nécessaire*, donc entre *humain* et *arbitraire*, qui coïncidait justement avec l'apport des auteurs juridiques et politiques du seizième siècle, qui étaient très bien connus à ce moment, et celui de Domat qu'on se mettait alors à apprécier⁵.

Il a y « deux espèces de lois, disait Domas (dix-septième siècle), qui comprennent toutes les lois de la nature. Les lois

(1) Préface des *Lois civiles dans leur ordre naturel*.

(2) *ibid.*

(3) Voir principalement le dernier chapitre du *Court traité* qui est très significatif.

(4) Voir *supra*, p. 193 et 194.

(5) Il faut bien comprendre en quel sens les Physiocrates parlent parfois de *nécessaire* en ce qui concerne les lois *humaines*. Il ne s'agit pas de *rapports* avec des *causes* qui en conditionnent l'expression, comme pour Montesquieu. Cette *nécessité* qui *devrait* être, provient de ce que les lois *positives* « doivent être le développement ou plutôt l'application » de lois naturelles, elles-mêmes *nécessaires*. C'est en ce sens que Portalis dit dans son *Discours préliminaire* : « Le droit est la raison universelle, la suprême raison fondée sur la nature même des choses. Les lois sont ou ne doivent être que le droit réduit en règles positives, en préceptes particuliers ».

immuables... sont naturelles et tellement justes toujours et par-dessus tout, qu'aucune autorité ne peut les changer ni les abolir; les lois arbitraires... qu'une autorité législative peut établir, changer et abolir selon le besoin ¹ ».

Il y a deux sortes de lois, répètent en écho les Physiocrates, (dix-huitième siècle) : les unes sont naturelles et communes à tous les hommes, d'une nécessité évidente et absolue; les autres, qui n'en doivent être que le développement ou plutôt l'application, sont positives et particulières à chaque nation.

Il y a deux éléments dans le Droit, répétera encore Savigny, qui puisait aux mêmes sources, l'« élément général » qu'on rattache à l'*universalité des choses*, ce que les auteurs modernes appellent « nature des choses »; l'élément spécial ou national apparaissant comme la *lettre du Droit* ².

Portalis se trouvait au confluent de tous ces mouvements : celui prépondérant de l'*arbitraire* humain; celui qu'avait découvert Montesquieu du *déterminisme* historique ³. Il les juxtaposa. Rendant en certains passages la *raison* humaine *responsable* des excès et des méprises, il explique autre part combien les lois politiques et humaines sont le *produit nécessaire de l'histoire*. Sur cette part de détermination même, il varie avec ses contemporains, invoquant tantôt les lois naturelles qui obligent, tantôt les causes profondes de Montesquieu : « Dans chaque cité, dit-il, la loi est une déclaration solennelle de la volonté du souverain sur un objet d'intérêt commun... Toutes les lois, de quelque ordre qu'elles soient, ont entre elles des rapports nécessaires ⁴ ». En réalité, il distingue deux parties dans le Droit positif : 1° celle qui *déclare*, de l'autorité du législateur d'un pays donné, les lois naturelles universelles; 2° celle qui, obéissant à des nécessités locales, aperçues du législateur d'un point de vue *politique*, forme le « pur droit positif ⁵ ». Nous retombons sur l'idée (déjà étudiée dans notre 1^{er} chapitre) de la *continuité historique*, si voisine de celle de *déterminisme* historique, qu'elles coïncident ordinairement dans les mêmes têtes. Ainsi, par-dessus le courant révolutionnaire qui l'avait effacée, la pensée vivante de Montesquieu était reprise à travers Portalis par les auteurs du Code civil ⁶.

(1) *Court traité*, chap. XXII.

(2) *Traité de Droit romain*, chap. 2, paragr. XV.

(3) Montesquieu faisait d'ailleurs entrer la *liberté humaine* parmi les causes des institutions et des lois positives, liberté n'étant pas synonyme d'*arbitraire*.

(4) *Discours préliminaire du Code civil*.

(5) Par exemple, on lit dans le *Discours préliminaire*, à propos des empêchements à mariage : « Quels sont, parmi ces empêchements, ceux qui dérivent de la loi positive, et ceux qui sont établis par la nature elle-même ? Le législateur peut, par des vues d'ordre public, établir tels empêchements qu'il juge convenables; mais ces empêchements ne sont alors que de pur droit positif ».

(6) Certains de ses collaborateurs gardaient cependant, contre Portalis et contre Montesquieu, l'état d'esprit *révolutionnaire*, comme Locré (qui s'en serait certes défendu) qui écrit : « Ce qui n'est pas institué ou prescrit par la nature, n'existe que parce que les hommes en sont convenus ». *L'Esprit du Code Napoléon*, Paris 1805, t. 1^{er}.

SECTION III. — LA NATURE DE L'HOMME

Nous venons de voir comment l'*homme* se trouve intégré dans l'immense *nature des choses*, dans la *création universelle*, dont *Dieu* l'a fait *roi*. Par cette hiérarchie même, l'homme doit avoir une *nature* spéciale, c'est-à-dire des *caractères distinctifs*, propres à réaliser sa *destination*. « Tout être a sa manière déterminée d'exister; tout existe donc pour un but : car partout où j'aperçois un ordre, je découvre où je suis au moins forcé de supposer un dessein ¹ ». La conduite de l'homme en particulier étant l'ensemble de ses démarches *vers une fin*, il y a au dix-huitième siècle, non seulement survivance, mais apo théose de l'idée présentée ainsi par Domat : « Connaître la fin d'une chose, c'est simplement savoir pourquoi elle est faite. Et on connaît pourquoi une chose est faite, si voyant comment elle est faite, on découvre à quoi sa structure peut se rapporter; parce qu'il est certain que Dieu a proportionné la nature de chaque chose à la fin pour laquelle est elle destinée ² ».

Or, en ce qui concerne spécialement l'*homme*, que nous présente la nature, suivant Portalis ? Tout d'abord sa *liberté* : « L'homme est régi par la nature moins impérieusement que ne le sont les êtres physiques ou les animaux ³ ». Ce privilège le relie directement à Dieu : « Il y a dans l'homme un principe actif par lequel la nature sort, pour ainsi dire, une deuxième fois du néant, et qui renouvelle, qui commence même pour nous le grand ouvrage de la création. Ce principe, ce souffle de vie que je rencontre dans l'homme, et qui, comme l'aimant, n'attend que la présence du fer pour manifester son pouvoir, me découvre un principe supérieur dont l'homme ne m'offre que l'empreinte et l'image ⁴ ». Cela est conforme à la destinée humaine : « La nature ne nous a pas fait hommes pour nous rendre libres, mais elle nous a créés libres pour nous mettre à portée de remplir la destinée commune à tous les hommes ⁵ ».

Cet être libre, comment se conduit-il ? « Je ne fais que m'appuyer sur la nature même de l'homme, lorsque je soutiens que la raison et le sentiment doivent également nous conduire, lorsque je soutiens que science et conscience sont absolument inséparables ⁶ ». En effet, « Il faudrait prouver que l'homme est une

(1) *De l'usage...* II, p. 47.

(2) *Court traité*, p. 2.

(3) *De l'usage...* I, p. 244.

(4) *De l'usage...* I, p. 253.

(5) *De l'usage...* II, p. 75.

(6) *De l'usage...* II, p. 52.

pure intelligence, avant de l'inviter à n'écouter que les conseils d'une raison purement spéculative; mais puisqu'il est à la fois sensible et raisonnable, pourquoi devrait-il renoncer au sentiment, qui est aussi naturel en lui que la raison ¹ ? » Cet ensemble de facultés *naturelles* constitue la *moralité*, qui est, dit Portalis, « le résultat de la sensibilité, de l'intelligence et de la liberté. La sensibilité indique la source des actions et en mesure l'effet, l'intelligence en marque le but, et la liberté en détermine le choix ² ».

Nous devons nous arrêter à cette définition que nous donne notre auteur de la moralité. Elle réclame un commentaire, car son homogénéité même nous fait pressentir un cumul de théories sous-jacentes et conciliées, qu'il faudrait retrouver. De plus, la simplicité de son expression nous cache un gros écueil, celui du sens des termes employés. Laissant de côté la *liberté*, qui imprime le divin dans l'homme, recherchons ce qu'entendait exactement Portalis par *raison* et *sentiment*, dans leurs rapports avec la *morale* ³. Nous aurons peut-être ensuite le canal moins obstrué pour arriver à connaître ce qu'il comprend, dans la notion de *droit naturel*.

I

Remarquons d'abord que cette façon de faire état d'une morale aux allures autonomes est par elle-même intéressante. En effet, jusqu'au dix-huitième siècle, la morale était-elle autre chose qu'un *aspect de la religion* ? Il y a une tendance générale de l'époque à la considérer seule, sans toutefois qu'on s'avoue son indépendance. Les *novateurs* attendent la dégénérescence de la foi pour exposer la question. Et c'est seulement lorsque la religion, qui *comprendait* la morale, glissa sur la dangereuse pente, qu'on essaya, pour *sauver* toute moralité, de justifier une morale autonome. Alors d'Holbach put donner le ton en posant comme principe que « pour être universelle, la morale doit être conforme à la nature de l'homme en général, c'est-à-dire fondée sur son essence, sur les propriétés et sur les qualités que l'on trouve constamment dans tous les êtres de son espèce, et par lesquelles on le distingue des autres animaux ». En disant, « la morale suppose la science de la nature humaine », il ne faisait que retrouver la philosophie antique.

On trouve Portalis d'accord avec ceux qui parlent d'une morale indépendante de telle ou telle religion, avec la *tolérance* de

(1) *De l'usage...* II, p. 50.

(2) *De l'usage...* I, p. 245.

(3) Dans cette section, nous nous inspirons surtout de l'ouvrage cité de M. MORNET qui est incontestablement la synthèse la plus récente et la plus remarquable du sujet que nous effleurons.

celui qui dit, par exemple : « Je veux qu'un mahométan puisse me lire aussi bien qu'un chrétien ». En effet, dit Portalis : « la morale a été naturelle avant que d'être chrétienne... Il importait donc, sans ôter à la morale l'appui qu'elle trouve dans la révélation, de découvrir les fondements qu'elle a dans la nature¹ ». Mais nous voyons qu'il continue à croire religion et morale nécessairement conciliables, contrairement à ceux de ses contemporains qui prétendaient démontrer que l'athéisme est compatible avec la morale : « On avait pensé qu'il était utile d'établir la nécessité d'une morale naturelle et indépendante de toute religion positive; on n'a pas craint d'avancer ensuite que toute bonne morale était incompatible avec toute idée religieuse quelconque; bientôt on a nié l'existence de Dieu, l'immortalité de l'âme, et la liberté humaine, et on a osé dire que la morale pouvait exister sans ces dogmes; enfin, le temps est venu où l'on a voulu se débarrasser de la morale même² ».

Les deux positions étaient cependant difficiles à tenir cumulativement, sinon en fait, du moins en théorie. Mais Portalis ne s'aperçoit pas de la contradiction et, quelques pages après la tirade que nous venons de citer, Portalis plaide *pour la morale naturelle*, dans les termes suivants : « On argumente de la diversité des coutumes et des usages reçus chez les divers peuples, pour prouver qu'il n'y a pas de morale naturelle et universelle. Autant aimerais-je que l'on argumentât de la diversité des langues pour prouver que le don de la parole n'est pas une faculté naturelle et universelle chez les peuples. Partout on a distingué le juste et l'injuste, l'honnête et le deshonnête, le vice et la vertu. Partout on a reconnu des qualités estimables et d'autres qui l'étaient moins ou qui ne l'étaient pas. La preuve de ce que j'avance est dans les mots consacrés, dans tous les idiomes, à exprimer ces différentes choses³ ».

Pour sanctionner le courant d'idées favorable à la distinction entre deux tronçons de la source spirituelle auparavant unique, Portalis emploie fréquemment l'expression d'*ordre moral* : « La tâche du métaphysicien se borne à prouver qu'il existe un « ordre moral⁴ ». Il ne faudrait pas croire que le monde moral, propre à l'homme, soit, par suite de sa contingence, inconnaissable : « Le plus haut degré de certitude se rencontre dans les choses qui appartiennent au monde moral, parce que l'ordre qui régit ces choses est fondé sur des règles non seulement constantes, mais immuables et mille fois plus connues que celles par lesquelles le monde physique est gou-

(1) *De l'usage...* I, p. 38.

(2) *De l'usage...* II, p. 40.

(3) *De l'usage...* II, p. 43.

(4) *De l'usage...* I, p. 246.

verné¹ ». Détachée de la révélation, affranchie des dogmes, la morale, dite *naturelle*, n'a donc rien perdu de sa certitude.

Comment *justifier* cette affirmation ? Et d'ailleurs sur quoi *fonder* maintenant la morale autonome ? Le siècle présente deux réponses, entre lesquelles, pour une fois, Portalis choisit. La première est la doctrine durable à racine cartésienne de l'*instinct moral*. La seconde, plus à la mode, fait confiance à l'*expérience morale* : on *fait naître* la morale comme les facultés de l'esprit ; l'*intérêt apprend* à l'instinct égoïste de chaque individu à se diriger en respectant une partie de l'instinct des autres. Portalis, dans son grand ouvrage, cite l'opinion conforme de la Mettrie² pour la combattre et, gardant son indépendance métaphysique, prend parti pour la première explication³. Mais la difficulté commence quand on veut approfondir son opinion et la sortir de l'équivoque des mots.

Voici un texte où il argumente contre la seconde opinion, en se fondant sur la première, qu'il englobe dans le *cœur humain* : « On trouve partout des habitudes formées, des coutumes reçues. On est si frappé de l'admirable mécanisme de la société, qu'on n'a pas même l'idée de remonter jusqu'à la première impulsion donnée par la nature. On croit que les institutions et les lois font les hommes ; on oublie que ce sont les hommes qui ont dû trouver dans le cœur humain l'appui et les matériaux de leur édifice. De là, on est porté à croire que tous les principes tiennent à l'habitude ou à la convention, et qu'il n'y a d'autre empire sur la terre que celui de l'opinion ou de la politique⁴ ». Il combat encore ses adversaires dans un autre texte, où il fait état, cette fois, de la *conscience* : « Tout est plus ou moins arbitraire dans les calculs de l'utilité générale ou de l'intérêt particulier. Rien ne l'est, si l'on reconnaît des lois naturelles antérieures à ces calculs, et qui emportent une obligation proprement dite. Alors, vous donnez un but évident et immuable à l'homme moral, et vous l'attachez à ce but par le plus fort de tous les liens, par le lien même de la conscience⁵ ».

(1) *De l'usage...* I, p. 257.

(2) La morale, d'après La Mettrie, n'est que « le fruit arbitraire de la politique ; elle n'est ni l'ouvrage de la nature, ni celui de la philosophie et de la raison ; et tous les prétendus principes de loi naturelle ne sont que nos principes accoutumés ».

(3) Il se présente d'ordinaire en métaphysique *pour* Locke, *contre* Descartes. Cela prouve déjà que la théorie en question n'est pas chez lui *tout à fait* identique à celle que défendent sous le même nom les partisans des idées innées...

(4) *De l'usage...* II, p. 41. Voici un autre texte où il puise son argumentation chez ses adversaires eux-mêmes : « D'Alembert, dans ses *Eléments de morale*, a cru devoir parler de la morale de l'homme avant que de parler de celle du législateur des Etats, de celle du philosophe. Il a senti que l'idée de faire des lois, de fonder des Etats, de former des associations et des pactes, n'aurait jamais pu naître, si l'homme, comme tel, n'eût pas trouvé en lui les sentiments et les dispositions nécessaires à l'établissement et au maintien de l'ordre social... La morale n'est donc pas l'ouvrage de l'éducation, ni le fruit de la politique, mais elle doit être la base de la politique et l'objet principal de l'éducation ».

(5) *Ibid.* II, p. 72.

Il emploie ailleurs ce nouveau terme, en l'assimilant à celui d'*instinct* de l'homme¹ : « L'homme a son instinct comme tous les autres êtres animés, mais, dans cet instinct, il est des besoins et des désirs qui lui sont communs avec ces êtres; il en est d'autres qui lui sont particuliers, en sa qualité d'être intelligent et libre. Les animaux que nous avons sous les yeux suivent aveuglément leurs lois naturelles sans les connaître. L'homme les connaît et ne les suit pas toujours. C'est un agent libre, qui se conduit avec discernement et avec choix, et qui est, en quelque sorte, sa propre loi à lui-même. Mais, s'il n'avait en lui aucun principe inné de discernement et de choix, on ne pourrait attacher aucun sens raisonnable aux mots *intelligence* et *liberté*. Ce principe, nous l'appelons *instinct naturel* ou *conscience* »².

Il prévoit bien l'objection que nous tirons évidemment du sens peu déterminé de ses vocables, quand il écrit, enrichissant en même temps le choix du vocabulaire précédent, du mot *sentiment* : « Vainement objecte-t-on que l'instinct moral, la conscience, le sentiment, sont des choses indéfinissables et que nous ne devons point admettre, comme philosophe, ce que nous pouvons croire d'ailleurs comme homme³... Dire que ce qui n'est pas susceptible de définition n'est pas susceptible de preuve, et que la philosophie ne doit admettre que ce qui est prouvé, c'est avancer la plus étrange des propositions, car ce sont précisément les choses les plus évidentes qui ne peuvent être définies ni prouvées et qui servent de preuve à tout »⁴.

Il n'aperçoit pas qu'il manque ici, non une *définition de choses*, point sur lequel nous nous garderions bien de le critiquer, mais une *délimitation* du cercle d'action de *mots*, qui englobent à son insu un certain nombre de *choses différentes*, sur lesquelles *il se leurre*. L'intérêt de cette remarque se présente quand on veut comparer le même mot, soit : *raison*, *sentiment*, *morale*, *nature*, *droit naturel*, dans plusieurs époques, avec la croyance de suivre une même idée; ou bien quand on désire *poursuivre* une notion qui semble cheminer à travers les siècles. Un *terme* fut parfois le seul agent de liaison, nécessaire pour acclimater des conceptions très diverses, même hétérogènes. Le besoin, senti de maints créateurs, d'utiliser un mot ancien pour exprimer quelque chose de nouveau se conçoit bien, quand on voit l'horreur de Portalis, que tout son siècle partageait, pour les *grands mots*, ceux de Kant notamment, qu'il veut à toute force faire entrer dans les vocables accoutumés, pour, croit-il, mieux comprendre l'auteur en *traduisant* son idée. Mais précisément,

(1) D'autres parlent encore d'un *sens moral inné* (Schafesbury). Portalis lui-même parle aussi, nous le verrons, d'une *lumière naturelle*.

(2) *De l'usage*... II, p. 49.

(3) Il fait allusion à la position un peu paradoxale tenue par HUME.

(4) *De l'usage*... II, p. 50.

celle-ci était *travestie*, et Portalis perdait dès lors toute chance d'en apercevoir le *cru*. On ne peut *découvrir* avec profit pour les autres, qu'en *créant* un mot, sous peine d'*ajouter* encore une confusion, à l'*inédit* de la pensée exprimée.

Et cette pensée d'un auteur ne se peut elle-même retrouver, qu'en pénétrant, *par le dedans*, dans le travail cérébral de celui qui l'a présentée. Nulle époque ne réclame plus vivement cette précaution que le dix-huitième siècle, par le brouhaha de ses conceptions, et nul homme de son siècle, plus que Portalis, par son désir immense de *sous-lia* les théories voisines. Gardons-nous donc de prendre quoi que ce soit au pied de la lettre. Nous avons bien des fois déjà remarqué l'équivoque du vocabulaire usuel de Portalis. Nous serons amenés bientôt à en tirer de graves conséquences.

II

D'après ce qui précède, nous voyons que la morale, tantôt *fondée sur la nature*, *représente* à d'autres moments la *nature* même de l'homme, étant une sorte de caractère distinctif¹. On *plongea* alors dans les théories ambiantes de l'*homme naturel*, de l'*homme à l'état naturel*, que les publicistes divinisaient. Et une transfusion s'opéra entre ces deux idées : l'homme *naturellement bon* de l'époque pré-civilisée, *se fonda* avec l'homme actuel dont la *nature* devint idéalement bonne. Les deux idées sont chez Rousseau. L'esprit général s'empara d'autant plus vite de la confusion, que celle-ci rejoignait un certain *courant optimiste de la nature humaine*, venu de Grèce, auquel Marc Aurèle avait donné un épigraphe, en disant : « Rien n'est mal, qui est conforme à la nature ». D'autre part, la notion était des plus sympathiques, puisqu'elle réhabilitait du même coup toutes les *passions* des hommes qui, faisant partie de sa *nature*, devaient par suite être *bonnes*. On arriva à des philosophies comme celle de l'écosais Hutcheson, qui, considérant comme légitimes nos penchants naturels, fit de leur satisfaction la vertu la plus élevée.

On sentit cependant le danger qu'il y avait à faire remonter une *morale* par des passions déchaînées, fussent-elles les meilleures. A ce moment, deux théories se partageaient les esprits ou se cumulaient dans l'opinion. La première, qu'on a pu appeler « *naturiste* », avait l'appui de Rousseau, et prétendait

(1) Voir DIDEROT, *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, Genève 1777, 11^e édition, art. *Droit naturel (morale)*. On trouve notamment : « Celui qui ne veut pas raisonner, renonçant à la qualité d'homme, doit être traité comme un être dénaturé ». C'est une conséquence de l'*infinité du monde* de Descartes, qui, *coupant l'homme de la nature*, exigea pour lui une *nature spéciale* qui fut la *moralité*, toute rationnelle.

situer dans un état antérieur à toute société et à la civilisation, le bonheur de l'homme, celui-ci ayant intérêt à renoncer aux prétendus avantages de la civilisation, pour ressembler au *bon sauvage*. La deuxième était *rationaliste* et, soutenue par l'*Encyclopédie*, faisait confiance aux progrès de l'esprit humain par la culture de l'intelligence, réservant aux philosophes un rôle de premier plan. C'est cette deuxième attitude qu'adopta, semble-t-il, Portalis.

Les deux courants, une fois établis, furent vite amenés à *composer*. Les apologistes du bon sauvage acceptèrent la critique suivant laquelle le retour aux temps anciens était impossible; si bien qu'on ne devait puiser dans la pure nature que des *indications*, décelées par la *raison*. D'autre part, les rationalistes ne virent plus avec égalité d'intérêt toutes les acquisitions de la civilisation : la raison devrait bien faire un choix, en s'inspirant du gros *bon sens* des sauvages, parmi les passions maîtresses. On s'accorde donc encore avec Cicéron, que cite Portalis : « La morale est née avec nous, nous ne l'avons point reçue de nos pères, ni apprise de nos maîtres, ni lue dans nos livres; nous l'avons prise, tirée et puisée du fonds même de la nature, et c'est une loi dont nous ne sommes pas simplement instruits, mais dont nous sommes, pour ainsi dire, imbus et pénétrés ». Mais la raison, de *fondement* de la morale, était devenue une *méthode* pour discriminer son contenu.

Qu'était donc cette *raison* affublée d'un double rôle ? Pour en comprendre le sens dans les esprits cultivés de l'époque, il faut auparavant se souvenir des théories homogènes des grands initiateurs de philosophie¹. Leurs conceptions fortes étaient des ensembles cohérents. Mais l'« esprit général », imbu à la fois des philosophies opposées, prenait à chaque système un aspect, et cherchait un terrain d'entente, où il pût se reposer, loin de querelles dont l'enjeu lui échappait. En effet, les hommes du dix-huitième siècle ne voyaient que l'*immédiat*. Comme le disait Voltaire : « Ce qui ne peut être d'un usage universel, ce qui n'est pas à la portée du commun des hommes, ce qui n'est pas entendu par ceux qui ont le plus exercé leur pensée n'est pas nécessaire au genre humain ». On s'arrangeait donc, en *aménageant* les théories contradictoires, à les rendre accessibles à tous.

Le trait essentiel des philosophes du dix-septième siècle (qui fut encore celui de la philosophie de Leibnitz) avait été de faire dépendre la *conduite humaine* d'une théorie du réel métaphysique. Ainsi Descartes fonde la morale de l'homme sur la connaissance générale de l'ensemble du monde, c'est-à-dire, indi-

(1) Nous puisons nos renseignements d'ordre purement philosophique, pour le présent paragraphe, dans un cours inédit de M. BRÉNIER, professé à la Sorbonne en l'année 1933-1934, sur le *Rationalisme en morale*.

rectement sur les *idées claires et distinctes*. L'homme a de lui une image qui est comprise dans un tout, déterminé par la *raison*. Or, la pensée formée au dix-huitième siècle sentit, particulièrement la philosophie anglaise, le besoin de rattacher la moralité humaine à des facultés essentiellement différentes des facultés intellectuelles, au *sentiment*. Tandis que pour les *rationalistes* précédents, le sentiment n'était qu'une connaissance confuse, pour Kant, aboutissement du dix-huitième siècle, le sentiment est une source particulière, une faculté différente de la faculté de connaître. Tout le dix-huitième siècle erra entre ces deux conceptions.

En effet, Descartes, dans l'attente d'une *morale définitive*, peut-être lointaine, avait posé comme première maxime de la *morale provisoire*, un critère de *bon sens*, d'acceptation passive des « opinions communes » et de « l'autorité des gens sensés ». C'était encore une règle de l'entendement. Puis, Leibnitz fonda sa morale sur un *instinct*, un indémontrable, qui était « inné », mais sans faire partie de la « lumière naturelle », et qui, n'étant fait que de « notions confuses », se surajoutait donc à la raison, par ailleurs conservée. Chez Leibnitz, l'instinct supplée à la raison, *pour des motifs opportunistes*, de même que chez Descartes, la morale provisoire supplée à la morale définitive : les démonstrations rationnelles ne sautent pas aux yeux, il faut cependant que l'homme se dirige; la connaissance du monde s'établit lentement, mais la morale ne peut pas attendre. Le but étant le même, les esprits confondirent le *bon sens* cartésien, avec l'*instinct* de Leibnitz. Mais, bien plus, chez Leibnitz lui-même, raison et instinct n'étaient-ils pas toujours d'accord ? Le raisonnement se *surajoute* à l'instinct, et l'*exprime*, mais les conclusions se rejoignent, et peuvent se remplacer. La double face est bien conservée en principe à la morale, par Leibnitz, mais instinct et raison se montrent presque *fungibles*, puisqu'il y a, à l'infini, coïncidence possible.

A ce moment, une autre école triomphait : celle qui fondait la morale sur le *sentiment*, la *conscience*, une *expérience sensible*, une *intuition*, pour tout dire : un *sens*. Rousseau ayant contribué à rendre populaire la *nature*, on accompagna chacun de ces vocables de l'adjectif *naturel*. La *nature de l'homme* avait été au dix-septième siècle : la *raison*; la *nature* était maintenant prise par Rousseau dans le sens d'*instinct*. La raison était une *lumière naturelle*, disait-on; les *Physiocrates*, qui s'y connaissaient en philosophie, ajoutèrent : *au cœur de l'homme*. La *raison*, « sentimentalisée », était passée *dans le cœur*. Enfin, Reid vint englober la *raison* dans le *sens commun*. L'imbroglio était complet. L'exemple de Portalis nous montre que le siècle, dans sa généralité, y était arrivé au même moment.

Nos *philosophes* étaient partis, pour reconstruire la morale, de l'idée d'origine cartésienne qu'il fallait substituer à sa base religieuse une base rationnelle. On voit les recherches dévier, et la raison des rationalistes, qu'on continue à croire capable de progresser en métaphysique, *s'évanouissant* de la morale, c'est le sentiment qui va édifier, avec toutes les passions qu'il libérerait. Plus tard, on accusera la raison présomptueuse, des débordements commis par les passions déchaînées. La véritable raison ne pourra peu à peu se réhabiliter, que quand le sentiment aura pris officiellement un titre, avec le romantisme avoué.

Mais jusque-là, ce furent de bien dangereuses *images* qui dirigèrent la conduite. Par l'*évidence* d'une *lumière naturelle*, on peut justifier tout ce qui est, non seulement tout ce qui est, mais encore tout ce qu'on croit être; au nom de cette lumière, on peut faire inconsciemment état de ses propres désirs. Car comment distinguer ce fameux *instinct*, d'une part de l'*habitude* et de l'*éducation* qui, dans un autre système, fondaient la morale; d'autre part de ses tendances personnelles. Leibnitz, pour qui l'instinct moral était une représentation confuse, comme la coutume, comme les passions, s'était déjà posé le problème : De quelle façon distinguer l'instinct des coutumes surajoutées ? Il répondait en faisant intervenir la *raison*, *superstructure*. Le dix-huitième siècle, ayant *tordu* la *raison*, s'était privé de cette dernière ressource.

Le seul fait certain qu'on puisse tirer de l'amalgame infécond de son verbalisme, est la tendance profonde qu'on retrouve chez beaucoup d'esprits, à croire à l'*unité de la morale*. Voici comment l'exprime Portalis : « Il est très ordinaire de se tromper lorsqu'on parle des mœurs des nations : c'est à tort qu'on suppose que les mœurs sont moins corrompues dans un siècle que dans un autre, chez un peuple que chez un autre; les passions étant les mêmes chez tous les hommes, elles ont toujours les mêmes résultats. La différence qu'on suppose entre les mœurs, n'est jamais qu'entre les manières » ¹.

Ainsi, nous avons vu l'opinion du dix-huitième siècle naissant hésiter entre deux principes pour caractériser l'immense nature : l'*aspect immuable* qui avait d'abord séduit les plus spéculatifs, laissa progressivement le premier plan à l'*aspect divers* que découvriraient les plus réalistes. Mais l'être humain a besoin de se sentir quelque part en paix, dans le stable, le régulier, l'éternel. L'homme tint exclusivement la place de la nature, et la *nature humaine* se singularisa par une *permanence*. Si bien que Kant, en proclamant que l'unité faite dans la nature multiple était notre œuvre, que c'était l'esprit humain qui organisait le changement et le divers que les choses nous présentent, ne fit sur ce point que couronner son siècle.

(1) Présentation au Conseil d'Etat, du titre du divorce. Locré tome V, p. 46.

SECTION IV. — LE DROIT NATUREL

I

Du *droit naturel*, Portalis donne plusieurs définitions qui nous permettront de le situer par rapport à la *morale*. Voici d'abord une assimilation parfaite entre les deux termes : « Quand il n'y aurait point de révélation, quand il n'y aurait point de religion positive, la morale nous obligerait par sa propre force et comme droit naturel... Nous donnons à la *morale* le nom de *droit naturel*, parce que nous n'avons besoin que des impressions spontanées de notre conscience et des lumières de notre raison pour découvrir les principes de la morale »¹. Dans le *Discours préliminaire*, l'assimilation est faite seulement avec la *raison* : « La raison, en tant qu'elle gouverne indéfiniment tous les hommes, s'appelle droit naturel »². Dans l'*Exposé des Motifs* du projet de loi sur le mariage, la formule devient plus *sociale* : « Nous appelons *droit naturel* les principes qui régissent l'homme considéré comme un être moral, c'est-à-dire comme un être intelligent et libre, destiné à vivre avec d'autres êtres intelligents et libres comme lui ».

L'importance de cette étude du *fondement* du droit naturel chez Portalis, dépend du *rôle* qu'il lui assigne. Celui-ci est à peu près résumé dans le texte suivant : « Plus les besoins des sociétés et les préceptes positifs se multiplient, plus aussi on donne d'étendue à l'empire de la loi naturelle. Tutrice et gardienne de la loi écrite, elle vivifie, explique, supplée toutes les règles, assigne à chacune son véritable rang, et dans leur silence et dans leurs combats, quelle autre ressource nous reste-t-il que cette équité dont l'origine est éternelle, et qui est aussi uniforme dans ses vues que diverse et seconde dans ses moyens »³. Sa conception est la suivante : C'est le *modèle* du droit écrit, et le *principe* des lois positives, qui le *déclarent*, pour l'armer d'une *contrainte*, en vue de l'*assortir* aux besoins d'un peuple donné, et seulement dans les cas de *nécessité publique*, tout en restant sous sa stricte *dépendance*.

C'est le *modèle* du droit écrit : « Nous avons appris à distin-

(1) *De l'usage...* II p. 114.

(2) Il explique plus loin : « Le droit est la raison universelle, la suprême raison fondée sur la nature même des choses ».

(3) Trouvé dans les papiers de Portalis, intitulés « Lois », rédigés à l'époque du Code civil.

guer la règle qui n'est que le précepte particulier, d'avec le droit, source et modèle des règles » ¹. « ...Il importe de proclamer quelques-unes de ces maximes fécondes, qui ont été consacrées par tous les peuples policés et qui servent à diriger la marche de toute législation bien ordonnée. Ces maximes... n'appartiennent à aucun temps particulier. Elles sont comme les prolégomènes de tous les codes. » ² *...Et le principe des lois positives* : « Les sociétés politiques et civiles sont par elles-mêmes des établissements purement humains. Il ne faut donc pas chercher hors de l'homme et hors de la société, c'est-à-dire hors des lois générales qui régissent l'univers moral, les principes des institutions inhérentes à l'établissement des sociétés politiques et civiles. » ³ *...Qui le déclarent* : « Dans chaque cité la loi est une déclaration solennelle de la volonté du souverain sur un objet d'intérêt commun » ⁴. « Les législateurs humains n'ont voulu être qu'interprètes... L'intention première de la loi civile est de faire respecter la nature et de faire régner la raison. » ⁵ *...Pour l'armer d'une contrainte* : « Le droit est moralement obligatoire, mais par lui-même il n'emporte aucune contrainte; il dirige, les lois commandent; il sert de boussole et les lois de compas. » ⁶ *...En vue de l'assortir aux besoins d'un peuple donné* : « Cette portion même de la législation qu'on nomme arbitraire, n'est au fond que la loi naturelle assortie à l'état civil et modifiée par ses propres mesures... Le droit civil est le droit particulier de chaque nation. » ⁷ *...Et seulement dans les cas de nécessités publiques* : « Il ne faut pas argumenter du silence des lois positives contre la morale naturelle; mais il faut regarder la morale naturelle comme le supplément et le principe des lois positives. La société nous laisse libres dans tout ce qu'elle croit n'être pas de nécessité pour le salut du peuple : mais comme nous sommes hommes avant que d'être citoyens, et comme nous ne cessons pas d'être hommes en devenant citoyens, la raison et la conscience, qui sont les plus belles prérogatives de l'humanité, demeurent toujours pour nous conduire, soit que nous agissions sous la pression de la force publique, soit que cette force cesse de nous contraindre... Les lois et les gouvernements passent, mais l'intelligence et l'équité naturelle ne passeront jamais. » ⁸ *...Tout en restant sous sa stricte dépendance* : « Une loi n'est pas un pur acte de volonté et de puissance, mais un acte de justice et de raison. Etre autorisé à porter des lois sur un objet, c'est seulement avoir reçu la mission

(1) Papiers intitulés « Lois ».

(2) *Exposé des Motifs* du projet sur la publication des lois.

(3) *De l'usage...* II, p. 243.

(4) *Discours préliminaire*.

(5) *Papiers inédits* « Loix ». Comparer avec la formule de DIDEROT : « La justice ne peut être autre chose que l'équité déclarée ». (*Encyclopédie*).

(6) *Discours préliminaire*.

(7) *Papiers intitulés* « Loix ».

(8) *De l'usage...* II, p. 44.

de statuer sur cet objet, d'après les principes qui lui sont propres, ou qui dérivent de sa nature... Les règlements du législateur sont subordonnés au droit naturel comme les sentences du juge sont subordonnées aux lois » ¹.

Il est donc essentiel de reprendre l'idée de l'imprécision du terme, qui se confond pratiquement avec la *morale*, dont nous avons examiné quelques aspects au paragraphe précédent. Résumons-nous en invoquant cette *phrase* magnifique : « Il est sans doute une justice naturelle émanée de la raison seule, et cette justice, qui constitue pour ainsi dire le cœur humain, n'a pas besoin de promulgation. C'est une lumière qui éclaire tout homme venant en ce monde et qui, du fond de la conscience, réfléchit sur toutes les actions de la vie. — Mais, faute de sanctions, la justice naturelle qui dirige sans contraindre, serait vaine pour la plupart des hommes, si la raison ne se déployait avec l'appareil de la puissance pour unir les droits aux devoirs, pour substituer l'obligation à l'instinct, et appuyer par les commandements de l'autorité les inspirations honnêtes de la nature » ². Ce sont absolument les formules du temps, puisque Diderot, que nous aimons à citer parce que ses articles sont des manifestes, dit de même : « On entend... par *droit naturel*, certaines règles de justice et d'équité, que la seule raison naturelle a établies entre tous les hommes, ou pour mieux dire, que Dieu a gravées dans nos cœurs. — Tels sont ces préceptes fondamentaux du *droit* et de toute justice, de vivre honnêtement, de n'offenser personne et de rendre à chacun ce qui lui appartient. De ces préceptes généraux dérivent encore beaucoup d'autres règles particulières, que la nature seule, c'est-à-dire la raison et l'équité, suggèrent aux hommes » ³.

Diderot, cependant, note au début de son article *Droit naturel (Morale)* : « L'usage de ce mot est si familier, qu'il n'y a presque personne qui ne soit convaincu au-dedans de soi-même que la chose lui est évidemment connue. Ce sentiment intérieur est commun aux philosophes, et à l'homme qui n'a pas réfléchi; avec cette seule différence, qu'à la question, *qu'est-ce que le droit* ? celui-ci, manquant aussitôt et de termes et d'idées, vous renvoie au tribunal de la conscience et reste muet; et que le premier n'est réduit au silence, et à des réflexions plus profondes, qu'après avoir tourné dans un cercle vicieux, qui le ramène au point même d'où il était parti, ou le jette dans quelque autre question non moins difficile à résoudre que celle dont il se croyait débarrassé par sa définition ». Mais à nous, il n'est pas interdit, à un siècle et demi de distance, de chercher ce que ses contemporains voulaient dire.

(1) *Ibid.* II, p. 304.

(2) *Exposé des motifs* du projet sur la publication des lois.

(3) *Encyclopédie*, art. *Droit de la nature ou Droit naturel*.

II

Quel est pour Portalis, le *contenu* du droit naturel ? Il faut d'abord éviter de confondre, comme ont fait les jurisconsultes romains, dit Portalis, « l'ordre physique de la nature qui est commun à tous les êtres animés, avec le droit naturel, qui régit particulièrement les hommes, et qui est fondé sur les rapports que des êtres intelligents et libres ont avec leurs semblables » ¹. C'est pourquoi, il ne devrait pas faire figurer le *mariage* parmi les préceptes du droit naturel (entendu au sens moderne) : « Quand on parcourt les différentes législations, remarque-t-il, on trouve des lois qui ont dégradé l'homme. On en trouve qui ont abruti la raison; mais il n'en est point qui n'ait à certains égards respecté la nature. De là les esclaves à qui on ôtait toute liberté conservaient pourtant celle du mariage. Les gouvernements humains n'ont jamais connu ce despotisme terrible, qui irait jusqu'à détruire et à étouffer l'instinct » ². Cette distinction étant acquise, il fait entrer dans le *droit naturel*, d'une part des préceptes généraux, d'autre part des prérogatives individuelles, enfin des institutions.

Parmi les préceptes, citons en premier, celui de *ne nuire injustement à personne* : « Comme le premier bien est de ne pas souffrir, le premier précepte est de ne pas faire de mal » ³. « ...Ces considérations de bien commun ne peuvent, dans aucun cas, légitimer les infractions du droit naturel et des gens. Avant que d'être autorisé à faire même un bien public, il faut s'assurer que l'on ne fait injustement du mal à qui que ce soit. Le précepte de ne nuire injustement à personne est antérieur à celui de faire du bien. Il est prohibitif, absolu, sans exception; il oblige les grandes comme les petites sociétés, les souverains comme les individus » ⁴. Le précepte de *rendre à chacun ce qui lui appartient*, apparaît chez Portalis, distinct du premier : « Le principe du bien commun, qui a fondé les sociétés, est *la volonté constante de faire* non pas seulement *le bien* de plusieurs ou de la multitude, mais celui *de l'universalité*. Ce principe n'est que la justice elle-même, qui veille sans cesse sur le corps et sur chacun de ses membres, et qui consiste à rendre ou à conserver à tout individu ce qui lui appartient » ⁵.

Le troisième principe est celui du *respect de la foi donnée* :

(1) *Discours préliminaire*.

(2) *Consultation sur le mariage des Protestants*. Cette théorie du *mariage-instinct*, Portalis ne l'a pas suivie, puisque, nous le verrons, il fait entrer, dans ses discours législatifs, le mariage dans les *contrats*, qui sont des institutions de *droit naturel*.

(3) *De l'usage...* II, p. 87.

(4) *Discours sur les prêtres non-assermentés*.

(5) *De l'usage...* II, p. 87.

« Les corps de nation, les gouvernements ne sont pas moins liés par les contrats que les simples particuliers, parce que les principes de la foi humaine, qui sont de droit naturel, doivent être sacrés et inviolables pour tous les hommes. — La forme du gouvernement peut changer; mais tout ce qui tient à la foi publique est inaltérable, parce que tout ce qui tient à la foi publique est garanti par l'éternelle équité. Aussi la promesse d'un prince qui eût valablement lié l'Etat monarchique, lie encore l'Etat devenu républicain, à moins que cette promesse n'eût eu pour objet que l'intérêt personnel du prince lui-même ou de sa famille » ¹.

Le respect des *pactes* et des *contrats* est ainsi la suite naturelle ou mieux l'exemple même du principe de la foi jurée. Mais Portalis les envisage parfois séparément et sur le même plan : « On est libre de prendre un engagement ou de ne pas le prendre; mais on n'est pas libre de l'exécuter ou de ne pas l'exécuter quand on l'a pris. Le premier devoir de toute personne qui s'engage est d'observer les pactes qu'elle a consentis et d'être fidèle à la foi promise » ². « Considérés dans leur substance, les contrats appartiennent au droit naturel, et en tout ce qui regarde la forme, ils appartiennent au droit civil » ³. Le *mariage* n'est pour Portalis qu'un contrat de société, et c'est à ce titre qu'il entre dans le droit naturel : « Le mariage, considéré en lui-même et dans ses effets naturels, indépendamment de toute loi positive... nous offre l'idée fondamentale d'un contrat proprement dit, et d'un contrat perpétuel par sa destination » ⁴.

Il faudrait citer pêle-mêle, comme autres exemples du droit naturel, des prérogatives qu'on a coutume de nommer plutôt « les droits naturels de l'homme », comme la *liberté* et le *droit de s'assembler*. Il est inattendu de trouver, dans ce même droit naturel, le *droit de punir de mort* qui, dit Portalis, « loin d'être un attentat à la loi naturelle, dérive donc essentiellement du droit naturel de la défense » ⁵. Et il range, également, dans la même classe, le *droit naturel de propriété*. Bien plus qu'une institution, il ne faut pas oublier que c'est pour lui, comme pour les *Physiocrates*, l'attribut essentiel de la *liberté individuelle*, laquelle, déjà chez Montesquieu, était un élément de la nature des choses : « On trouve dans tous les temps et partout, dit Portalis, des traces du droit individuel de propriété. L'exercice de ce droit, comme celui de tous nos autres droits naturels, s'est étendu et s'est perfectionné par la raison, par l'expérience et par nos découvertes en tous genres. Mais le principe du droit est en nous; il n'est pas le résultat d'une convention humaine ou d'une loi positive; il est

(1) *Rapport sur le canal du Midi*.

(2) *Rapport sur le divorce*.

(3) *Exposé des motifs du projet de loi sur la vente*.

(4) *Discours préliminaire*.

(5) *De l'usage*... II, p. 310.

dans la constitution même de notre être, et dans nos différentes relations avec les objets qui nous environnent » ¹.

Quant au *droit de succéder*, est-il, lui, de droit naturel ? « ...A-t-il sa base dans la loi naturelle, ou simplement dans les lois positives ? De la solution de ce grand problème dépend le système que l'on doit établir... Le droit de propriété en soi est... une institution directe de la nature, et la manière dont il s'exerce est un accessoire, un développement, une conséquence du droit lui-même. Mais le droit de propriété finit avec la vie du propriétaire, que deviendront ses biens rendus vacants par son décès ?... Le droit de succéder en général... est d'institution sociale. Mais tout ce qui regarde le mode du partage dans les successions, n'est que le droit politique ou civil » ². La confusion se corse : il y a ici opposition entre droit naturel et droit *social*. Portalis s'explique mieux dans la discussion au Conseil d'Etat : « La loi, dit-il, ne peut dépouiller personne de sa propriété, parce que la propriété est un des droits naturels qu'elle garantit à l'homme. Mais le droit de succéder est-il un droit de propriété ? Non, autrement, il faudrait abroger toutes les lois qui permettent de disposer » ³. Nous trouvons également chez Portalis le *droit naturel de former ou de ne pas former de contrat*. Ainsi, dit-il contre Tronchet au Conseil d'Etat : « La loi doit se borner à établir la communauté comme une institution positive, que les parties prennent quand elle leur convient, et qui leur est étrangère quand elles ne croient pas devoir l'appliquer. Ce principe est admis par le droit écrit ; mais il dérive du droit naturel, qui laisse à chacun la liberté de former ou de ne pas former de contrat » ⁴.

Le *respect de l'autorité* n'apparaît qu'une fois chez Portalis avec des allures de droit naturel, mais à une place de choix, supérieure même à celle de la foi jurée : « Les pactes, quoique privés, sont des lois inviolables, pourvu qu'ils ne soient pas contraires à la police générale ou aux règles de la justice naturelle » ⁵. Portalis, cependant, n'a jamais eu l'idée de classer les préceptes ou les prérogatives composant le droit naturel, et encore moins

(1) *Exposé des motifs* du projet de loi sur la propriété.

(2) *Discours préliminaire*...

(3) Fenet, *ouv. cité*, t. 10, discussion sur l'adoption, p. 358. Tronchet était d'avis contraire, pensant que la loi naturelle « veut que celui qui a donné la vie à un enfant lui laisse aussi ses biens », si bien que le testament, pour lui, « est une dérogation au droit naturel, qui défère aux enfants les biens du père sans aucune diminution ». (Locré, t. 11, p. 83). Maleville, au contraire, partisan du droit écrit comme Portalis, soutenait celui-ci contre l'homme du nord : « L'erreur de ceux qui voudraient établir par les lois l'égalité entre les enfants, vient de ce qu'ils pensent que, par le droit naturel, le bien des pères appartient à leurs enfants ; d'où ils concluent que ceux-ci doivent les partager également. Mais on a cent fois prouvé que cette opinion est fausse... Les successions dépendent en entier de la loi civile. C'est la tendresse naturelle, et non la loi naturelle, qui appelle les enfants à la succession de leur père » (*ibid*, p. 150).

(4) Locré, t. 13, p. 151.

(5) *Consultation sur le mariage des protestants*.

d'établir entre eux une hiérarchie. Le seul principe qu'il considère comme assez général pour se retrouver au fond de tous les autres, est celui de la *justice naturelle* qu'il ne distingue pas de l'*équité* encore *naturelle*, comme nous voyons dans le texte suivant, pris parmi cent autres : « Il est des règles de justice qui sont antérieures aux contrats mêmes et desquelles les idées tirent leur principale force. Les idées du juste et de l'injuste ne sont pas l'unique résultat des conventions humaines; elles ont précédé ces conventions, et elles en doivent diriger les pactes. De là les jurisconsultes romains, et après eux toutes les nations policées, ont fondé la législation civile des contrats sur les règles immuables de l'équité naturelle »¹.

Contrairement à Domat, pour qui les lois naturelles sont en si grand nombre « qu'elles ne se présentent pas toutes à la vue de tout le monde, et la raison seule ne suffit à personne, pour les trouver et les appliquer à tous les besoins »², Portalis estime les maximes du droit naturel générales et peu nombreuses, les réduisant, en somme, à la formule des Institutes, qu'il ne cite jamais mais qu'il a certainement présente à la pensée : « *honeste vivere, alterum non loedere, suum cuique tribuere* ». Par là, il contredit le contenu hétéroclite qu'il rapporte en pratique au droit naturel, et rejoint les théoriciens modernes de l'antique doctrine³.

Ces maximes sont, comme nous l'avons vu, ramenées par Portalis à une sorte de facteur commun qu'on a bien appelé le *sens du juste*. L'admission de cette faculté innée et universelle, identique toujours au fond de tous les hommes, pour fonder en elle le droit naturel, conduit indirectement à fonder toute une législation sur le *sens commun*⁴. Pour les théoriciens du dix-huitième siècle, c'est faire état, comme base de la conduite humaine, en hostilité ouverte avec les « systèmes philosophiques », du *sentiment* que nous avons trouvé au fond de la morale, qui est un *instinct* en même temps qu'une *lumière*, qu'on entend ou qu'on sent en son *cœur*, et dont les inspirations sont *évidemment* vraies, finalement un certain aspect de la *raison* du dix-huitième siècle.

III

L'existence du *droit naturel* entendu comme nous le faisons, est incontestablement admise par tout le dix-huitième siècle. C'est

(1) *Exposé des motifs du projet de loi sur la vente*.

(2) *Court traité*, chap. XXV.

(3) Voir une critique du droit naturel résumé en quelques préceptes, dans ESMEIN, *Cours de Doctorat* déjà cité, 1933-1934, p. 193.

(4) Voir pour la critique de la philosophie moderne du sens commun : CUCHE, *En lisant les juristes philosophes*, Paris 1919, chap. 4^e.

une *notion commune*, qu'on justifie même d'abord par une *nécessité logique*. Ainsi Locré, qui ne parle d'ailleurs que *d'après* Portalis, dont il invoque le nom à chaque page, écrit, après avoir donné une définition de la science du droit : « Il est impossible que les hommes aient jamais vécu ensemble, sans que leurs rapports fussent réglés par des lois quelconques, et comme les lois positives, arbitraires, de pure convention, ne sont pas nées avec le genre humain, d'autres lois ont nécessairement existé avant elles. — Ces lois sont les grands principes du juste et de l'injuste, qui nous apprennent à discerner ce que l'équité ordonne, ce qu'elle défend, ce qu'elle permet. — Nous portons tous ces principes gravés dans notre conscience... Pour les découvrir, nous n'avons pas besoin de sortir hors de nous, notre raison y suffit ».

C'est revenir aux formules de Grotius. « Il y a, disait-il, deux manières de prouver qu'une chose est de droit naturel : l'une, *a priori*, plus subtile et plus abstraite, par des raisons tirées de la nature même des choses..., l'autre, *a posteriori*, plus relative, par des raisons extérieures. En suivant celle-ci on conclut, sinon certainement, au moins avec beaucoup de probabilité, qu'une chose est de droit naturel, quand elle est regardée comme telle par toutes les nations, du moins par les nations civilisées; car un effet universel supposant une cause universelle, une opinion vraiment générale ne peut venir que de ce qu'on appelle le sens commun ¹ ».

Lorsqu'il s'agit de droit naturel, on tire ses préceptes de la *nature de l'homme*, plutôt que de la nature des choses en général. Nous retombons comme précédemment sur la critique tirée de l'arbitraire d'une théorie fondée sur l'imprécision que nous avons signalée. On invoque une nature qu'on *n'étudie* pas. C'est de la divination. Comme on peut *remplir* le droit naturel de tout ce que l'on veut, on peut *décorer* du nom fastueux de droit naturel, par hypothèse invariable et éternel, les institutions qui dérivent d'une structure sociale provisoire, comme celles qui tiennent à un état éphémère de l'humanité. C'est donc un droit « à contenu variable » : chaque législateur ou parcelle de législateur peut ainsi lui attribuer généreusement les projets et les vues que ses passions seules suscitent, que son égoïsme entretient, et qu'une apparente conformité à des notions « éternelles » rehausse d'un prestige trompeur, puisqu'aucun frein n'est prévu pour censurer la justesse du rapport.

Quant à l'argument « dans tous les temps », pour justifier moralement une institution ou une règle, il fut fort apprécié à l'époque de Portalis, notamment par ses collègues, les Conseillers d'Etat. Il est facile à présenter, et l'était surtout à une époque où les études historiques ne conduisaient guère à *tous les temps*... De plus, ceux qui se fondent sur une telle méthode ne manquent pas de négliger les *temps* qui n'ont pas sanctionné leur système,

(1) *De jure belli ac pacis*. Reproduit par BEUDANT, *ouv. cité*, p. 219.

qu'ils considèrent dédaigneusement comme barbares ou révolutionnaires. Ce genre d'argumentation fleurissait si fort au Conseil d'Etat, que Berlier, qui l'utilisait d'ailleurs abondamment lui-même, en vint à s'écrier (il s'agissait d'une question d'expertise en cas de lésion dans la vente d'immeuble) : « Croit-on avoir répondu à cette effrayante considération en disant que cela s'est pratiqué pendant des siècles ? Qu'est-ce que cela prouve ? Rien : Car cet abus a existé comme beaucoup d'autres. Et si le devoir du législateur est de faire cesser les abus lorsqu'il les aperçoit, à plus forte raison ne doit-il pas faire revivre ceux qui ont perdu par l'abolition leur seul et véritable point d'appui, l'*habitude* ¹ ». Et Treillard observa un peu plus tard, (au sujet des hypothèques) « que la longue durée de l'ancienne législation n'est pas un préjugé qui doit être ici de quelques poids. On sait d'abord qu'il est de longues erreurs. Mais celles dont on parle n'ont pas même l'avantage d'une possession paisible... ² »

Mais les hommes qui remplissaient ce qu'ils appelaient pompeusement, pour lui donner du poids, le *droit naturel*, de leurs vastes désirs, crurent orgueilleusement ces désirs universels. Ils usèrent et abusèrent de ce moyen commode de devenir eux-mêmes, en se disant interprètes, les véritables législateurs. Cambacérès s'écriait définitivement en présentant son deuxième projet : « Nous avons donc avancé une vérité, lorsque nous avons dit en commençant que le Code civil établissait l'ordre moral... Nos lois ne seront que le Code de la nature, sanctionné par la raison et garanti par la liberté ³ ». Mais le troisième projet du même Cambacérès contredisait déjà ses dispositions, que devait faire crouler une législation postérieure, fondée, elle aussi, sur la nature des choses. Tous à cette époque proclamaient unanimement un même droit naturel comme source de la plupart de leurs dispositions, même contraires.

Quant à une distinction précise entre *droit naturel écrit* c'est-à-dire sanctionnant le droit naturel, et *droit civil pur*, on la cherche en vain, car sur la question de savoir quelles dispositions rentrent dans le droit naturel, on n'est pas unanime au dix-huitième siècle. Les divers rédacteurs du Code civil, qui appartenaient tous par leur formation au siècle que nous étudions, dont ils sont une sorte de porte-parole, un Code n'étant que la consécration d'idées généralement admises depuis quelque temps déjà, donnent à notre problème des solutions diverses qui sont bien instructives. On englobe dans le *droit naturel* le principe dont on est partisan; quand on s'oppose au système, on assure que l'institution est toute *civile*. On peut citer comme exemple de cette étrange position, les

(1) Loaré, *Législation civile de la France*, t. 12, p. 205.

(2) Loaré, *Ouv. cité*, t. 16, p. 186.

(3) Cité par Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1^{er}.

discussions sur les successions, dont nous avons parlé plus haut¹, et celle relative aux régimes matrimoniaux : les partisans du droit coutumier rangent les principes de la communauté dans le *droit naturel* ou dans l'*ordre public*, tandis que les tenants du droit écrit assurent qu'il n'en est rien².

Les gens du dix-huitième siècle étaient bien obligés de se rendre compte parfois de ces éclatantes antinomies. C'est alors qu'ils s'unissaient pour proclamer que le droit naturel se résout finalement en quelques maximes très générales, qui ralliaient tout le monde. Indépendamment du vice d'une méthode qui donne suivant les besoins deux définitions à une même expression, ce fond commun lui-même ne prouve pas l'existence d'un droit naturel immuable, posé devant la conscience des législateurs de tous les siècles et de tous les pays, comme la *vérité*. Il tendrait seulement à montrer que ces législateurs se sont trouvés d'accord sur la ratification souhaitable de préceptes dont une longue expérience a prouvé la nécessité vitale pour l'être humain ou l'opportunité permanente pour la société. Sont-ce là « des vérités absolues sur lesquelles l'histoire n'a pas de pouvoir » ? Non certes, car, « de même pourrait-on qualifier de vérité les institutions fondamentales de la civilisation humaine : les maisons, les rues, les vêtements, l'usage du feu et de la lumière. Elles ne sont que le résultat de l'expérience appliquée à la réalisation assurée de certains buts humains ». Jhering, à qui nous empruntons cette critique du *droit naturel-connaissance* tel que l'a compris le dix-huitième siècle, explique admirablement à notre avis pourquoi le *droit positif paraît* sanctionner un prétendu *droit naturel*, sorte de législation modèle, simple et antérieure : « Le *légal*, écrit-il, qu'elle (la science du droit) met en opposition, comme le vrai proprement dit, parce qu'il est permanent dans le droit à l'*opportun*, qui n'a qu'un caractère passager et transitoire, nous apparaîtra alors comme une modalité de ce dernier : un précipité fixé et condensé, par opposition à la matière flottante et mobile. C'est l'*opportun* qui a subi l'épreuve des siècles; il est le sédiment inférieur, supportant toutes les autres couches, et dont le maintien est par cela même à jamais assuré. Mais la formation de cette couche profonde a suivi la même marche que celle des plus récentes; c'est de l'*opportunité* déposée, consolidée par l'expérience, et mise à l'abri de toute dispute³ ».

D'ailleurs nos mêmes théoriciens du droit naturel, s'ils vivaient encore, ou tout au moins leurs descendants directs qui existent eux, bel et bien, ne se laisseraient guère rebuter car,

(1) Voir p. 215 et la note importante n° 3.

(2) BIGOT PRÉAMENEU, qui avait de la méthode, demande judicieusement, « que pour mieux reconnaître si la communauté des biens entre époux est dans l'ordre naturel, les partisans du droit écrit exposent comment les intérêts de chaque époux étaient distingués... conciliés et ménagés... et s'il n'en résultait aucune difficulté ». (Locré, t. 13, p. 151).

(3) Voir cette discussion dans JHERING, *ouv. cité*, à partir de la page 288.

définissant pour la troisième fois un identique droit naturel, ils le réduisirent bientôt à un seul *sentiment*, qui serait en même temps « rationnel », appelé *équité naturelle* ou *sens du juste*¹. De ce sens du juste, que nous avons constaté plus ou moins mûr, parfois abusé, souvent erratique, même insaisissable, on ne peut faire abstraction. Il représente en effet, dans sa formule consise, une croyance conservée de siècle en siècle, depuis les Grecs, et encore avant eux. Plutarque l'exprimait déjà comme Portalis : « Qui est-ce qui commandera au prince ? La loi. Non une de ces lois qu'on écrit dans les livres ou qu'on grave sur le bois, mais la loi innée, la loi qui vit au fond de la conscience de l'homme, la raison ».

Cependant, même s'il est vrai, comme le dit Beudant, que « l'appel au droit sera le cri des opprimés de tous les temps² », il n'est en rien démontré que ce sens du juste présente éternellement, comme un flot rejaillissant sans cesse avec le même volume et jusqu'au même niveau, un « ensemble de règles objectives, antérieures à la volonté de l'homme et s'imposant à elle, constatées et non créées par la raison³ ». Il n'est en rien démontré que la conception de l'*équité* soit concordante à travers les siècles, dans son contenu, et que le *sens du juste* d'un homme soit conforme à celui de tous les autres. Il est prouvé seulement qu'il y eut de tous temps une *tendance des hommes à croire à l'éclosion du mieux*.

IV

Mais alors, s'il s'agit d'une croyance dans le *progrès* des avènements, le *droit naturel*, dans ce nouveau sens, n'est plus une *lec-*

(1) Dans l'article premier du *Livre préliminaire*, heureusement déplacé du Code civil dès l'origine, Portalis réussit à présenter à la fois deux définitions du droit naturel : « Il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives : C'est la raison naturelle en tant qu'elle gouverne tous les hommes ». Il est pour le moins illogique d'appeler ouvertement ce droit-là *rationnel*, puisqu'on a démontré cent fois que c'est un *instinct naturel*. Or, le titre de « droit rationnel » tend actuellement à être préféré à celui de « droit naturel ». Evidemment, cette base rationnelle est tout à fait conforme à la tradition de l'Ecole du droit naturel, qu'on peut considérer dans son unité indiscutable, bien que ses formules aient varié et se soient étayées différemment suivant les conceptions maîtresses et les besoins particuliers des époques. Mais, à ce phénomène, il existe une explication bien simple, qui vient confirmer nos développements : Le vingtième siècle, « siècle de la science », fait toute confiance à la *raison*, tandis qu'il se sent moins d'attrait pour une idole tirée de la *nature*. C'est d'ailleurs bien pourquoi les tenants actuels de l'école s'exercent à une « mise au point pour notre temps d'une théorie du droit naturel ou rationnel », bien que ses partisans aient toujours admis que le droit naturel est immuable, la « mise au point pour un temps et un peuple » étant *précisément* le rôle du *droit positif*...

(2) *Ouvr. cité*, p. 31. Dans le même sens, BOISTEL s'indigne, *sans rien prouver*, quand il écrit : « Tous sont des croyants du droit naturel, et il faut être bien sourd pour ne pas entendre les millions de voix qui s'élèvent en son honneur à chaque pulsation de la vie de l'humanité et à chaque minute de sa durée ». Il dit lui-même, qu'il s'agit d'une « croyance universelle de l'humanité, qui est un fait ». Voir *Livre du Centenaire du Code civil*, I, p. 47.

(3) Louis LE FUR, *La théorie du droit naturel depuis le dix-septième siècle et la doctrine moderne*, Cours de la Haye, 1927, t. XVIII.

ture, mais un point de départ universel en vue d'une action dirigée, il n'est plus une *connaissance* : c'est un *éternel effort vers...* N'est-ce pas exactement ce que Portalis, détournant encore sa pensée, s'échappant une dernière fois de la bride de formules usées, appelle la *perfectibilité*, quand il en fait, au même titre que de la morale, le caractère distinctif de l'être humain ? : « Quand les peuples se civilisent, dit-il, leur morale s'épure. Si c'est par la conscience que l'homme est un être moral, c'est par la raison qu'il est perfectible dans sa moralité même¹ ».

En faisant état de ce nouvel aspect de la conduite humaine, de cette *perfection en puissance* dont Dieu donna la clef à l'homme pour lui permettre d'accomplir sa destinée, Portalis ne trahit pas la cause commune de la *nature*. Il étend seulement suffisamment le sens du terme pour y englober l'apologie de la civilisation. Voici quelques maximes suggestives, que nous avons trouvées dans les *papiers* inédits où Portalis s'exerçait à la composition de ses importants discours sur le Code civil :

« La nature n'est absente nulle part, nous existons par elle et dans son sein. Elle a commencé avec la création, et elle ne peut finir qu'avec l'univers. — Sans doute, nous ne fûmes pas d'abord ce que nous sommes. Mais les divers êtres que nous avons sous les yeux n'ont-ils pas leur développement progressif ? Les opérations de la nature ne sont jamais précipitées. — L'état sauvage n'est que l'enfance du monde. Les peuples civilisés ne sont pas sortis subitement de dessous terre ou du sein des eaux, comme les géants de la fable, mais la civilisation était si bien dans les vues primitives et éternelles de la Providence, qu'elle n'a été qu'une suite de la perfectibilité humaine ». « Toutes nos découvertes, tous nos progrès sont dans la nature, comme tous les germes sont dans la terre. — Les combinaisons les plus compliquées et les plus profondes de l'esprit humain ne sont pas moins naturelles que les plus simples opérations du sentiment et de la raison. — La civilisation a été pour les peuples ce que la bonne éducation est pour les particuliers. Elle a révélé à l'homme le secret de ses forces morales, en faisant éclore tous les germes heureux qu'il avait dans son cœur ».

Ainsi, la *loi morale* écrite par Dieu de toute éternité dans le cœur de l'homme, n'est autre chose qu'un *principe* de progrès, qu'une *semence* féconde, qu'une force dynamique, propre à réaliser sa fin éternelle, c'est-à-dire *sa nature*. Si cette nature humaine est immuable, c'est dans sa destination, peut-être dans sa mission. Mais, à l'intérieur de ce que l'homme *est*, il *devient*. Cette conception grandiose est des plus marquantes, si l'on scrute la pensée profonde de Portalis. Alliant le *devenir* moral, cher à notre auteur, souvent contre son époque², à la contemplation *statique* que pré-

(1) *De l'usage...* II, p. 84.

(2) Voir notre chapitre premier.

férait son temps, elle retrouve les deux lointains courants qui, venus des Grecs, sans se lasser, percutent les siècles, et aboutit à l'exaltation mystique, non comme faisaient ses contemporains, d'un être abstraitement pré-social, mais de celui qui, ayant accompli sa route avec et pour ses semblables, sera devenu un *homme*.

TROISIEME PARTIE

LE LÉGISLATEUR

Nous connaissons Portalis et avons une vue d'ensemble du rôle qu'il joua par sa vie, son exemple, et son œuvre, au milieu de son temps. Guidés par sa main experte, nous avons passé en revue les idées directrices qui animaient en divers sens ses contemporains, celles par lesquelles il fut formé, celles qu'il adopta et celles qu'il rejeta. Or, son influence comme législateur ne fut qu'une *époque*, et seulement l'*effet* de l'immense considération que tous lui portaient. De même le Code civil ne fit que prendre sa *philosophie* dans les vues et théories principales du siècle précédent, dont la survivance généralisée réclamait un monument.

Nous devons maintenant montrer, *en fait*, de quelle façon et dans quelle mesure s'exerça l'influence de notre auteur sur la nouvelle législation, de quelle façon et en quelle mesure celle-ci ratifia et utilisa les grands courants de pensée ainsi que les habitudes dans lesquelles il baignait. Dans un *chapitre préliminaire* nous allons d'abord retracer à grands traits la physionomie générale du Conseil d'Etat, sorte de creuset du Code Napoléon, dans lequel Portalis évolua, faire ressortir la tâche personnelle qui lui échoua, et la marque que son individualité imprima spécialement à l'œuvre commune. Puis nous étudierons, sur quelques points essentiels, la solution que le Code civil donna avec Portalis aux grands problèmes (énoncés dans notre deuxième partie) qui avaient tourmenté sa longue incubation.



CHAPITRE PRELIMINAIRE

AU CONSEIL D'ETAT

« En traçant le plan de cette législation, nous avons dû nous prémunir et contre l'esprit de système qui tend à tout détruire, et contre l'esprit de superstition, de servitude et de paresse, qui tend à tout respecter. »

PORTALIS.

(Discours de présentation du Code civil).

I

Un certain Camus, dans une dissertation sur les procès-verbaux du Conseil d'Etat, que le Moniteur du 5 fructidor an XII rapporte et que Locré signale, s'exprimait ainsi : « La discussion du Code civil présente aux yeux du philosophe un drame extrêmement intéressant, quelquefois piquant par le caractère des personnages qui y font un rôle.

« La discussion s'établissait entre des jurisconsultes, les uns du pays coutumier, les autres du pays de droit écrit, des légistes, des administrateurs, des militaires, des financiers, des personnes qui n'avaient aucune connaissance particulière des lois, mais des idées saines et droites, puisées soit dans la nature, soit dans l'expérience.

« A cette diversité des talents qui résulte des études et des occupations habituelles des acteurs, il faut ajouter les différences qui viennent du caractère des personnes, et de toutes ces nuances qu'on remarque parmi les hommes qui vivent en société.

« Ces variétés rendent le spectacle de la discussion on ne peut pas plus attachant. On remarquera, en suivant le cours de la discussion, combien chacun conserve fidèlement le caractère qu'il a montré d'abord; mais ce qui est le plus digne d'observation, c'est l'extrême influence qu'ont sur les hommes le genre de vie auquel ils se livrent, leurs études, leurs occupations habituelles, et les fonctions qu'ils remplissent. L'examen des procès-verbaux, sous ce rapport, est capable de fixer l'attention des personnes qui font des études sur les hommes ».

La première impression qu'on retire de la lecture attentive des procès-verbaux est celle de la bonne foi des rédacteurs et de leur ardeur sincère à l'ouvrage. La discussion est véritable. Les conseillers apportent bien des idées préconçues — c'est inévitable — mais chacun, après avoir exposé son propre point de vue, se

donne la peine d'écouter celui des autres, en cherchant à le comprendre. Ainsi, il arrive qu'on questionne de façon précise un apparent adversaire, qu'on change d'avis après certaines explications ¹, et le plus souvent, qu'on se mette d'accord, sinon facilement sur les grands principes, du moins très vite sur des détails. On voit, ce qui est appréciable, certaines idées jaillir spontanément de l'échange des vues. De cette façon, il y eut vraiment *progrès*.

Les personnages sont divers. On les reconnaît très vite. Chacun a son style, sa façon de procéder, et apporte un petit nombre d'idées intangibles qu'il se prépare constamment à défendre. Au reste, ils sont tous souples et prêts à s'avouer vaincus quand la discussion a tourné contre leur système. Mais la majorité des Conseillers ne parle guère, et se contente intelligemment de se laisser instruire. Les légistes de profession sont assez nombreux pour soutenir les différentes thèses existant à l'époque sur un sujet donné.

La science des intervenants se complète, et leurs qualités s'harmonisent. Ils viennent de bords divers. Il y a ceux du Nord et ceux du Midi, qui s'accrochent sur les régimes matrimoniaux et les successions. Il y a les « anciens » et les « nouveaux », ceux qui tirent les solutions vers l'Ancien Régime, et les convaincus des réformes révolutionnaires : C'est au Titre « Des privilèges et hypothèques » que la lutte est surtout chaude. Locré nous rapporte qu'il fut « l'un des Titres du Code qui a donné lieu aux discussions les plus étendues, les plus profondes, les plus intéressantes, et où, de part et d'autre, l'on a déployé le plus de science et de talent ² ».

Les autres questions sont affaire d'opinion, c'est-à-dire dérivent de l'expérience, du tempérament, du caractère de nos législateurs; on remarque bien les différences individuelles de conception, tenant aux habitudes, au genre de vie, dans les discussions touchant les femmes ou les enfants; là, l'égoïsme ou la malveillance partielle de quelques Conseillers s'étale avec une déconcertante inconscience. Sur certains points, on est à peu près unanime. Cela tient souvent à l'empire indiscutable de la législation proposée, comme par exemple le droit romain des obligations. De nombreuses concordances de vue, surtout dans la philosophie et les grands principes directeurs, se résolvent dans une question d'époque; d'autres, il faut bien le dire, tiennent à un intérêt de classe, qu'on protège sans se l'avouer. D'ailleurs, quoi qu'on dise, on invoque toujours l'ordre public, la saine morale, la « nature des choses », ou l'exemple de « tous les temps » ³.

(1) Spécialement TRONCHET qui, de tous le plus savant, était un des plus honnêtes.

(2) *Ouvr. cité*, t. 16, p. 49.

(3) Nous avons déjà présenté la critique des expressions « nature des choses » et « dans tous les temps ». Donnons comme exemple d'invocation de la « saine morale » le passage suivant de Portalis, tiré de l'*Exposé des motifs du projet de loi sur la vente* : « Nous savons qu'il est des contrées, où les idées de la saine morale ont été tellement obscurcies et étouffées par un vil esprit

Le Premier Consul préside souvent les séances, et se garde bien de manquer celles qui traitent du mariage, du divorce, de l'adoption, où, y ayant ses intérêts engagés, il intervient constamment. Son manque de préparation juridique ne le gêne aucunement; il comprend ou devine avec une lucidité parfaite, dont on est étonné, et si par hasard, ses connaissances techniques insuffisantes ont ligué contre son opinion tous les praticiens du Conseil, il s'incline de bonne grâce¹. Il est particulièrement fort pour ramasser en quelques phrases concises une discussion qui menace de se disperser. Même « il la provoquait, dit un témoin compétent, Thibaudeau, il la soutenait, la dirigeait, la ranimait... Il parlait sans apprêt, sans embarras, sans prétention, avec la liberté et sur le ton d'une conversation qui s'animait naturellement suivant que l'exigeaient la matière, la contrariété des opinions et le point de maturité où la discussion était parvenue. Il n'y fut jamais inférieur à aucun membre du Conseil; il égala quelquefois les plus habiles d'entre eux par sa facilité à saisir le nœud des questions, par la justesse de ses idées et par la force de ses raisonnements. Il les surpassa souvent par le tour de ses phrases et l'originalité de ses expressions ».

D'ailleurs, il ne faudrait pas croire à la *science infuse* de Napoléon. Les séances publiques étaient le plus souvent « préparées » par des entretiens particuliers, qui permettaient aux membres présents de la *section de législation*, les différentes opinions se faisant jour, d'apprêter leurs arguments et réponses. Là, le Premier Consul pouvait puiser ses éléments de réflexion². En effet, il disait lui-même : « Moi, je travaille toujours, je médite beaucoup. Si je parais toujours prêt à répondre à tout, à faire face à tout, c'est qu'avant de rien entreprendre, j'ai longtemps médité »³. Si bien que « classant dans sa tête les principes généraux du Droit civil, joignant à ces quelques notions rapidement recueillies, sa profonde connaissance de l'homme, sa parfaite netteté d'esprit, il s'était rendu capable de diriger ce travail si important »⁴.

Rapportons l'opinion du Premier Consul sur ses collaborateurs, qui nous apprend beaucoup : « Tronchet est un homme

de commerce, qu'on y autorise les assurances sur la vie des hommes (En Angleterre par exemple. Voyez Emérignon, *Traité des assurances*). Mais en France de pareilles conventions ont toujours été prohibées... etc... »

(1) Voir Loaré, *ouvr. cité*, t. II, p. 186 : « Le Premier Consul dit qu'il cesse de soutenir l'intérêt des créanciers, du moment que l'on assure qu'ils ne sont pas autorisés à demander la réduction ». Et THIBAudeau nous rapporte, dans ses *Mémoires sur le Consulat*, 1827, pp. 413 et 414, cet aveu de Napoléon : « J'ai pu dire dans la discussion des choses que j'ai trouvées mauvaises un quart d'heure après, mais je ne veux pas passer pour valoir mieux que je ne vau ».

(2) Personnellement, nous croyons que s'ajoutaient à ces lumières, de source pour ainsi dire « administrative », les renseignements que lui livraient individuellement quelques-uns de ses collaborateurs. Ainsi Portalis, dans ses journalières visites au Premier Consul, motivées par la préparation du Concordat et de l'organisation ecclésiastique, l'entretenait familièrement de la position juridique des questions qu'on allait débattre au Conseil.

(3) *Mémoires de ROEDERER*. Rapporté par VILLENEUVE DE JANTI, *Bonaparte et le code civil*, Thèse Paris 1934.

(4) THIERS, *Histoire du Consulat*, p. 359.

qui a de grandes lumières et une tête très saine pour son âge. Je trouve Roederer faible. Portalis serait le rédacteur le plus fleuri et le plus éloquent, s'il savait s'arrêter. Thibaudeau, ce n'est pas là le genre de discussion qui lui convient, il est souvent trop froid. Il lui faut une tribune : il a trop de fougue. Cambacérès fait l'avocat général, il parle tantôt pour, tantôt contre. Le plus difficile, c'est la rédaction, mais nous avons le meilleur des rédacteurs, Lebrun ».

En l'absence du Premier Consul, c'est Cambacérès qui préside. Celui-ci n'est guère sympathique au lecteur impartial. Voici le portrait qu'en fait A. Sorel : « Les rapports, amendements, retraits, rapports supplémentaires, renvois et ajournements, bref toute la série des empêchements parlementaires s'expriment comme en leur figure naturelle, par la physionomie de ce gros homme poudré, fin, verbeux, retors et *considérable* qui, tournant la Révolution en moyen de procédure, en tira les moyens de vivre, opéra sur les marges de la Terreur, toujours prêt à monter, encore que lentement, à la tribune, un manuscrit à la main, plus disposé à en redescendre, ne se plaignant jamais d'un délai qui le renvoyait à son cabinet et lui rendait la sécurité »¹. Au Conseil d'Etat, il défend avec prédilection les idées les plus contraires à celles de ses projets révolutionnaires, sauf une fois, sans doute par esprit de contradiction, quand il dit judicieusement : « On parle de la dépravation des mœurs; elle est chez les pères comme chez les enfants, elle n'est même ordinairement chez les enfants, que parce qu'elle est chez les pères ». C'est le mysogyne type, qui ne sait parler des femmes que pour s'étayer sur leur « inconduite ».

C'est Tronchet, quoi qu'en dise Napoléon, qui apparaît dans les débats comme le plus bavard. On le devine moins brillant que Portalis. Desservi par un organe faible, il se répète, mais reste toujours intéressant, et ne tombe pas dans le verbiage. Napoléon l'a considéré comme « l'âme de la discussion ». Peut-être, car sa science se montre inépuisable. Au demeurant, il est visiblement vénérable en même temps qu'aimable, modéré dans l'expression de ses opinions et d'un caractère simple : un brave homme. On remarque son continuel effort pour légiférer *juste*. Il se défie d'un trop grand pouvoir laissé aux pères ou aux maris, qui est, dit-il « hors de la nature », terme qui est pour lui remarquablement fort.

Maleville, officiellement, défend comme Portalis le droit écrit. Or, ils ne sont jamais d'accord. Maleville va toujours plus loin que Portalis, qui a mieux que lui la notion de l'opportun et le dépasse constamment par la profondeur de ses explications, tandis que son collègue s'entête sur d'immobiles solutions. Celui-ci nous a d'ailleurs laissé lui-même son point de vue : « Dans

(1) *Le Livre du centenaire du Code civil*, Paris 1904, t. premier, p. XXII.

cette espèce de conférence, c'est surtout aux lois romaines que je me suis attaché, parce qu'elles embrassent toutes les parties de la législation; que ce qu'il y a de mieux dans les coutumes est puisé dans ces lois, et que c'est par le moyen de celles-ci, que les bons commentateurs expliquent toujours les coutumes » ¹.

Bigot Prémeneu répond bien au portrait qu'a tracé jadis de lui Portalis : bonne tête, esprit méthodique, vues larges et souples. Au contraire, Treilhard est intransigeant, bien que très savant; son caractère est vif, ses réparties cinglantes; il représente « l'extrême gauche » du Conseil. De même Berlier, qui est ferme dans ses opinions, plein de fougue et de *cran*. Son style bien *oral*, qui devait être accompagné de gestes énergiques, le fait apparaître comme très éloquent. C'est, par ailleurs, le seul qui pense à invoquer le respect que les enfants doivent à leur mère, dont la majorité des rédacteurs faisaient bon marché, et que certains n'étaient même pas loin de nier.

Ainsi Roederer admet très facilement que le mari invoque l'adultère de la femme, tandis qu'il juge « contre les bonnes mœurs d'autoriser une femme à se plaindre que son mari la néglige et que ses soins sont pour une concubine » ². D'ailleurs, ce remarquable moraliste se piquait de philosophie et, probablement aussi doué de vastes connaissances historiques, était grand amateur de l'argument « dans tous les temps ». Défermon, également très « shoking », abonde contre les femmes, en invoquant particulièrement la pudeur, et « demande que l'adultère du mari ne soit pas une cause de divorce, parce qu'il est contre les mœurs et contre la décence de permettre à une femme de faire valoir une semblable cause » ³.

Il se trouvait pourtant quelques honnêtes gens pour s'indigner, comme Régnier : « Si l'adultère, dit-il, peut devenir une cause de divorce, il serait injuste que les deux époux ne puissent pas la faire valoir réciproquement, car il faut que les choses soient égales entre eux. On autorise le divorce pour empêcher les époux d'être malheureux; or, toute cause qui serait jugée capable de rendre amère l'union conjugale, ne produit pas moins cet effet à l'égard de la femme, qu'à celui du mari. Il est vrai que les conséquences de l'adultère sont plus grandes dans la femme, mais le crime est le même dans les deux époux : c'est toujours la violation de la foi donnée; et cette violation est, par elle-même, le principe du divorce » ⁴. Ce genre de paroles est si rare au Conseil d'Etat, qu'on en arrive à féliciter de sa largeur d'esprit, le président de la *section de législation*, Boulay, qui découvre que « si la femme est la propriété du mari, le mari est aussi la propriété de la femme »... ⁵

(1) *Analyse raisonnée de la discussion du code civil*, Paris 1822, préface.

(2) Locré, *ouvr. cité*, t. V, p. 159.

(3) *Ibid.*

(4) *Ibid.*, p. 160.

(5) *Ibid.*, p. 119.

II

Au centre de cette phalange plus ou moins homogène, se dresse Portalis. Indépendamment de sa science juridique consommée, de sa longue pratique d'avocat, et même de sa réputation d'honnête homme, on peut dire que notre auteur exerça au Conseil d'Etat une influence prépondérante dans trois ordres d'idées : a) dans l'*esprit général* de la législation, b) dans sa *rédaction*, c) dans ses *principes directeurs*.

Le caractère *conciliateur* de Portalis nous est bien connu. Il fut le mieux venu du monde au sein de cette assemblée elle-même tendue vers l'union, l'accord, la transaction. L'expérience qu'il avait jusque là vainement tentée, notamment au Conseil des Anciens, trouva un champ idéal de propagande; ses efforts passés eux-mêmes lui servirent à établir de nouveaux points de ralliement national, où il rejoignait exactement les vues essentielles du maître de l'heure. Portalis ne fut pas *au milieu* des rédacteurs du Code. A un point de vue précis, il plane *au-dessus* d'eux. Il n'eut pas la prépondérance dans la *technique* des débats et des solutions : cette place appartient à Tronchet, que Napoléon pouvait justement présenter au Sénat comme le *premier jurisconsulte de France*¹. La figure de Portalis nous présente l'*esprit général* du Code civil : il se pénétra comme d'un rôle supérieur, plus que juridique, le rôle qui l'avait toujours hanté : celui de *médiateur*.

A. Esmein, niant l'originalité du Code civil, écrit donc avec raison : « Ils (les rédacteurs du Code) n'ont guère créé; dégageant seulement de temps à autre un résultat qui était simplement en germe dans le droit antérieur ou généralisant quelques règles particularistes, comme dans les articles 1138 et 2279 : mais ils ont tout mis à sa place et au vrai point. Ils ont dosé les éléments divers qui devaient entrer dans la combinaison, avec un coup d'œil sûr et une main habile. Ils ne se sont guère trompés que lorsqu'ils ont hésité à prendre nettement parti, comme pour la transcription des mutations d'immeubles, entre l'ancien droit et le droit de la Révolution »².

Cet exemple des hypothèques reproduit justement dans le Code l'influence directe de Portalis, dont la solution mitigée l'a emportée. Il préférerait bien la législation romaine, qui régissait autrefois sa Provence. Mais il chercha avant tout à traduire l'*opinion moyenne* des français, et voulut établir un compromis, qui eût le mérite primordial de satisfaire tout le monde, entre la législation révolutionnaire et la législation coutumière, qu'il n'adoptait peut-être foncièrement ni l'une ni l'autre. Sauf exception, Portalis ne représenta donc pas, au Conseil d'Etat, spécialement

(1) *Moniteur* du 26 pluviôse an IX.

(2) *Le livre du centenaire*, I, p. 16.

sa région, sa vieille législation ou l'empire du droit romain, (rôle qui était peut-être nécessaire et qu'il laissa à son collègue Malleville) ¹; de ces lois qu'il vénérât, il ne voulut prendre que la partie viable pour toute la France, afin de la combiner avec les autres traditions tenaces du pays et quelques innovations révolutionnaires depuis longtemps préparées. Alors, ramenant *toutes ces lois positives* à ce fameux *droit naturel*, il les y fondait, pour en sortir une sorte d'essence commune, vivante et durable, qu'il allait régler, en présence de tous les tribunaux de France, et avec le concours des Conseillers d'Etat, au baromètre de l'*opportunité civile*.

Le fait que les propositions conciliatoires de Portalis *symbolisaient* en quelque sorte les tendances convergentes de l'Etat et de son chef, explique le succès de notre orateur, dont l'opinion prévalait très souvent. Il ne se répète pourtant pas, comme font la plupart des intervenants, et parle relativement rarement aux séances publiques. Mais quand sa voix se fait entendre, c'est pour un véritable discours, méthodique, savant et complet, destiné à amener non de nouvelles hésitations, mais une solution pratique qui rallie. Il sait que le ton qu'il a pris et la clarté de son exposé ont imprimé ses observations dans tous les cerveaux, il est sûr que sa parole a porté, et ne revient plus sur la question.

On peut se rendre compte du prestige oratoire de Portalis par un document de l'époque. Un critique anonyme, étudiant les procès-verbaux du Code civil, que venait de faire paraître Locré, avait parlé de notre auteur en ces termes : « Parmi les jurisconsultes (qui ont pris part à la discussion) on distingue...; et surtout le brillant Portalis, qui, par son éloquence animée, son style éclatant et limpide, s'est fait, pour ainsi dire, l'orateur et l'écrivain du Code civil ». Alors Locré, qui rapporte ce texte, s'indignant des faibles adjectifs employés par le critique, écrit : « A l'égard de M. Portalis, on se doute bien que je souscris d'avance à tous les éloges qu'on peut lui donner, mais encore faut-il qu'ils soient entiers, qu'ils soient intelligibles, etc... » « Il l'appelle le *brillant* Portalis. L'éloge est assurément fort mesquin. M. Portalis fut plus que brillant. Ses discours portent l'empreinte du génie, etc... » ². « L'anonyme déshonore l'éloquence de M. Portalis, quand il la qualifie d'*animée*. Il donne une idée inexacte et trop basse de son style quand il ne lui attribue que de l'*éclat* et de la *limpidité* ».

Et Locré, pour discuter ces termes, nous expose sa propre

(1) Voir un exemple de l'opposition entre l'intransigeant Maleville et le prévoyant Portalis, dans la discussion sur le mariage, où notre auteur s'exprime ainsi : « Qu'arrivera-t-il, si, forcé d'uniformiser la législation, on étend aux pays coutumier la jurisprudence des pays de droit écrit ? Il y aura une commotion qui ne sera pas en faveur des pères. En général, on n'abuse pas d'un droit qui est établi depuis longtemps, mais on doit craindre l'abus d'un droit nouveau, principalement lorsqu'on l'établit chez une nation dont les habitudes sont formées ». Locré, t. 2.

(2) Voir la suite du passage, *supra*, p. 77.

opinion : « M. Portalis était trop bon rhéteur pour ne savoir pas distinguer les trois genres de style. Il se serait bien gardé de faire un contre-sens en animant, par des mouvements oratoires, des discours du genre délibératif, dans lesquels les passions devaient se taire, et la froide raison parler à la froide raison. Il ne s'agissait pas, en effet, d'émouvoir des juges pour faire triompher une cause, un intérêt particuliers. Il s'agissait, dans l'intérêt général, de rendre la loi aussi bonne que possible. M. Portalis n'avait donc pas à toucher le cœur, mais à éclairer l'esprit... On ne trouve pas chez lui ce cliquetis de mots et de phrases ambitieuses et brillantes, qui, cachant le vide des idées, sonnent aux oreilles sans rien dire de solide à l'esprit, et desquelles je n'irais pas chercher loin des exemples si je voulais en citer. Dans les discours de M. Portalis, tout est substance et raison; nulle afféterie; nulle recherche; ses ornements sont la noblesse, la force, la propriété de l'expression, qui sortent naturellement de l'élévation, de l'énergie, de la justesse de ses pensées » ¹.

Il n'est donc pas trop ambitieux de prétendre que l'art de notre auteur fut d'un poids considérable dans la *rédaction* du Code. Voici ce qu'en pense le Doyen Génv. Il vient d'établir le peu d'influence, en ce qui concerne la *technique législative* du Code Napoléon, des observations des tribunaux et du tribunal, « pas capables de rivaliser avec le prestige de Portalis » : « Au demeurant, écrit-il, nous manquons de sûrs indices pour reconnaître, de façon incontestable, l'instrument organique auquel est due, pour la plus grande part, la forme définitive de l'œuvre. Mais, en relevant si fréquemment, au cours des procès-verbaux des séances du Conseil d'État, qui nous ont été transmis, le renvoi pour meilleure rédaction, des textes critiqués comme incomplets ou défectueux, à la Section de législation de ce Conseil, je suis bien tenté d'abuser du défaut de toute documentation sérieuse relativement aux travaux de cette Section, pour proposer de voir en elle, sous l'autorité vraisemblablement prépondérante de Portalis, l'instrument principal de la rédaction définitive » ².

En comparant ce que nous savons déjà de la *manière* propre et du style de Portalis, avec l'étude que fait le Doyen Génv du style général du Code, de sa *technique législative*, il nous sera facile de corroborer l'opinion selon laquelle Portalis eut la haute main sur la rédaction du code. Pour le Doyen Génv, le Code civil français de 1804, « sans procédés préconçus, et même sans effort visible de rédaction, raisonnée et méthodique » est « arrivé *comme de chic*, et grâce à l'habile doigté de ses auteurs, à mettre en circulation sous le vêtement d'une langue naïve et humaine, et à faire autant aimer du citoyen que goûter du juriste les idées juridiques les plus pleines, les plus fécondes » ³. Réserve faite du

(1) Locré, *La législation civile de la France*, t. 16, à partir p. 689.

(2) *Le livre du centenaire*, II, p. 1.011.

(3) *Ibid.* II, p. 1.014.

jugement de valeur exprimé, ce passage décrit exactement le propre style de Portalis, et nous signale en effet cet *art* que ses contemporains admiraient spécialement en lui.

Mais le Doyen Géný, poursuivant l'analyse de la technique législative du Code, envisage bientôt l'*envers* de cette éclatante limpidité : « Toutefois, cette heureuse facilité de rédaction devait avoir sa contrepartie, et comme sa rançon, dans l'imprécision ou parfois l'équivoque d'une terminologie, qui, manquant de toute direction ferme, laisse souvent indécis et flottants les contours des prescriptions législatives... En dehors d'un fonds général, relativement restreint de concepts, dont ils avaient reçu ou pris pleine conscience et su formuler la traduction en langage spécialement approprié, les rédacteurs... n'ont pas réussi à tirer du vague des idées communes ou à soustraire à l'inconsistance de la langue vulgaire une foule de notions, pourtant essentielles à la marche réglée de l'appareil juridique »¹.

C'est bien là en général un défaut de l'*époque*, dont nous avons signalé plusieurs manifestations. Mais il est surtout saillant quand l'ensemble du style dénote un choix soigneux des vocables. La rédaction du Code civil ne présente nulle part la grandiloquence, le style ampoulé révolutionnaires, qui n'étaient pas encore passés de mode sous le Consulat. Le public fut émerveillé de la simplicité de la rédaction, et les juristes modernes s'en étonnent parfois encore, avec admiration. Or, cette simplicité commune qui use les mots, cette clarté même qui les accable indistinctement, sont les caractères mêmes du style de Portalis, que ses contemporains étaient bien près de considérer comme un modèle inaccessible. Il est donc logique de lui attribuer la prépondérance dans une rédaction où sa frappe se trahit². Le vice interne d'expression du Code a été un des facteurs de sa durée, car des interprétations successives et diverses ont pu se caser dans les interstices de sa terminologie. C'est ainsi par un moyen indirect que Portalis n'avait pas prévu, que s'est effectuée la longévité du Code qu'il avait escomptée.

Quand aux *principes directeurs* du Code Napoléon, nous savons déjà à quel point Portalis en fut l'artisan et l'introducteur, ayant consacré notre deuxième partie à l'examen de la *pensée* de Portalis, dont le dernier état se retrouve dans les textes les plus généraux ou les exposés des motifs du Code. Désigné en effet par ses vastes connaissances générales, par l'élévation reconnue de ses vues et par ses travaux philosophiques, c'est lui qui donna le *ton* à l'ouvrage par son *Discours préliminaire*, qui souleva une admiration unanime. C'est lui qui en marqua également la clô-

(1) *Ibid.*, pp. 1.014 et 1.017.

(2) Il est d'ailleurs remarquable que le style de nombreux articles du Code, ceux justement dont la concise élégance en impose, ressemble spécialement au style des discours législatifs de Portalis, et rappelle l'*amateur de maximes* qu'était notre auteur.

ture en rédigeant l'*exposé des motifs* sur la *réunion des lois civiles en un seul corps de lois sous le titre de Code civil des Français*. Il avait préparé de plus, un livre préliminaire destiné à servir de frontispice philosophique au monument. On dut le supprimer pour des raisons supérieures de méthode législative, bien qu'il réunît encore l'accord des suffrages, dont Malleville donne une idée quand il écrit : « Ce fut aussi sans contradiction que passa la suppression presque entière du livre préliminaire que M. Portalis avait rédigé à l'instar du *Livre des lois* de Domat, et dans lequel il avait bien surpassé son modèle... J'avoue que j'ai toujours regret à ce beau frontispice qui prévenait si agréablement en faveur du corps de l'ouvrage »¹. Débarrassant les lois françaises des liens qui les retenaient le plus manifestement à une époque donnée, celle de leur rédaction, le retrait du morceau célèbre de Portalis fut l'acte opportun et pratique qui décida de l'essor durable du Code.

III

Portalis ne fut pas seulement un des constructeurs du Code civil, il en fut encore l'*avocat*. Il se chargea en effet de l'*Examen des diverses observations proposées contre le projet de Code civil*. Il s'y adresse en particulier au grincheux M. de Montlosier, tenant intransigeant de l'Ancien Régime et discourtois contradicteur, qui ne devait malheureusement pas avoir connaissance de la *critique* de ses critiques, le morceau de Portalis n'ayant été publié qu'en 1844. Il s'agit uniquement de mettre au point « les principes généraux que les rédacteurs du Code civil ont pris pour base dans leur travail ». Notre auteur s'y prend avec infiniment d'esprit et une ironie de bon goût, qui ne recule pourtant pas devant les mots cinglants...

La querelle est bien connue, mais la réponse de Portalis ne l'est guère. En voici le ton : « On croirait que le critique a juré de n'être jamais au fait de la question, et de toujours supposer dans les passages qu'il attaque ce qui n'y a jamais été... Le seul tort des rédacteurs est donc de n'avoir pas deviné à Paris les expressions dont le critique se servirait un jour à Londres, pour rendre une idée qui lui est d'ailleurs commune avec tous ceux qui ont écrit sur la propriété... Au reste, le petit nombre d'irrégularités de style qui sont remarquées par le critique, est une circonstance assez rassurante pour les rédacteurs ».

Il répond également à un pamphlétaire anonyme : « Il veut établir qu'il ne fallait point de *Discours préliminaire* à la tête du projet de code. La discussion est indifférente. Mais pour établir qu'il ne fallait pas de discours préliminaire, il argumente de

(1) *Ouvr. cité*, p. 3.

l'exemple de Justinien qui en a fait un... Bacon avait dit que le droit civil est sous la tutelle du droit public. Les rédacteurs ont dit la même chose, l'auteur ne cite pas moins Bacon pour combattre les rédacteurs ». Il ne faudrait pas étendre la portée de ce petit ouvrage et généraliser l'impression qu'on retire de sa lecture : le fait que Portalis répond avec soin à des critiques individuelles, prouve leur petit nombre, et nous sommes portés à croire qu'il l'a dû faire en guise de distraction...

Les travaux de Portalis concernant le Code civil ont été réunis par son petit-fils, le Vicomte Frédéric Portalis, en 1844, dans un volume intitulé *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*. On les trouve également, bien entendu, pour la plupart, dans le Locré¹ et le Fenet². L'œuvre législative de Portalis est donc beaucoup plus accessible, et d'ailleurs infiniment plus connue que la plupart de ses autres ouvrages qui, négligés, inédits ou perdus, l'emportent pourtant parfois par le fond ou par l'expression, sinon toujours par l'intérêt de leur but. Mais les bienfaits des circonstances, comme la mémoire du temps, ont seulement étendu et corroboré leur consécration souveraine à l'apport du législateur, qui n'était, certes, que le couronnement du fécond labeur de toute une vie.

Nous ne pourrions, sans nous éterniser, rapporter l'avis de notre jurisconsulte concernant les différentes et très nombreuses questions qui le sollicitèrent, et dont le détail serait fastidieux et sans utilité pratique. Nous allons nous contenter de grouper dans trois chapitres les points essentiels de son apport dans la législation française. « Famille et propriété : voilà l'objet des lois civiles », lit-on dans les papiers de Portalis. Il ne disait pas : les *personnes* et les *biens*. Nous présenterons l'opinion de Portalis sur ces deux questions, après avoir relevé, dans un premier chapitre, quelques *caractères* du Code Napoléon.

Voici donc le plan de notre troisième partie :

Chapitre premier. — Les caractères du Code civil.

Chapitre deuxième. — La propriété du Code civil.

Chapitre troisième. — La femme du Code civil.



(1) *La législation civile de la France*, 16 volumes.

(2) *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 15 vol.

CHAPITRE PREMIER

LES CARACTERES DU CODE CIVIL

Les traits caractéristiques du Code civil sont nombreux, car il fut un monument unique à son époque, le « Code roi » comme on a dit, celui qui devait servir de *guide*. Nous avons vu plus haut son mérite essentiel, qui peut ainsi se résumer : celui d'être un effort d'*unification* cohérente et *rédigée* de coutumes et de lois antérieures et diverses, dont il opérait la *transaction*, sans viser à l'*innovation*. Nous n'étudierons dans ce chapitre ni le caractère d'*unification*, ni celui de *rédaction*, ni celui de *transaction* sans nouveauté, que nous avons eu l'occasion d'aborder. Nous allons chercher spécialement, dans trois sections :

Si notre code est *réaliste*,

S'il est *bourgeois*,

S'il est *complet*.



SECTION I. — NOTRE CODE EST-IL REALISTE ?

I

Les hommes de la Révolution, nous l'avons vu, ont eu la merveilleuse illusion de légiférer pour le genre humain. Pour le croire, ils s'appuyaient sur leur siècle *philosophe*, même sur des légistes comme Domat qu'on admirait à titre de précurseur génial des méthodes en cours, et surtout sur toute l'école du droit naturel qui s'était vulgarisée au prix de sa cohérence. On était bien *contre les systèmes* : on n'en admettait qu'un, le plus répandu, sous le nom de *vérité*, celui qui faisait des lois positives la simple *ratification* humaine, donc arbitraire, de la nature, qui était l'*idéal*. En s'inspirant d'une nature humaine partout et toujours la même, en modelant exactement leurs textes positifs sur une loi naturelle immuable et universelle, ces législateurs sans passé ont pensé régir non le Français, mais l'homme, et servir de modèles au monde entier.

Nous avons montré également l'opposition que les rédacteurs du code civil marquèrent à cette ambition. Ils n'en discutèrent pas le fondement, gardant intacte la notion d'un *droit naturel*, dans lequel puise le droit positif¹. Ils en modérèrent seulement les effets, par trois considérations qu'imposaient, d'une part l'état des circonstances, d'autre part la marche imperturbable de la pensée. L'expérience subie des quelques années d'une révolution, dont la noble envergure avait sombré dans la plus déprimante anarchie, leur avait en premier lieu inspiré de la méfiance pour les *réformes idéales* conçues d'après des plans plus ou moins rationnels. Les progrès des sciences objectives ensuite, dont les *idéologues*, anticipateurs prévoyants, présentaient la *théorie*, accentuèrent, en s'infiltrant dans les milieux les plus dogmatiques, leur goût pour les faits, pour la réalité, pour le *concret*. Enfin, saturés de nouveauté, ils rouvrirent Cujas et Montesquieu, dont les révolutionnaires avaient été emportés à négliger l'apport essentiel², ils se retremperèrent dans la continuité historique, ils désirèrent utiliser l'unité reformée, pour légiférer *national*.

Ils étaient bien d'accord, nos législateurs de 1804, étant tous animés de cet esprit de respect pour les faits, d'adaptation aux courbures concrètes, et de transition insensible. Napoléon avait

(1) Voir *infra* à partir de la p. 240.

(2) V. *supra* p. 199 et 200.

coutume de répéter, nous rapporte Thibaudeau : « Les lois sont faites pour les mœurs ». Tronchet disait au Conseil d'État : « La loi doit, autant qu'il est possible, ne pas déranger les habitudes des hommes ». Malleville se souciait de ne pas « passer trop brusquement d'un ordre de chose à un autre¹ ». Enfin Portalis, introduisant, comme nous l'avons vu, toute la philosophie de l'histoire dans cette phrase si célèbre : « Les codes des peuples se font avec le temps; mais, à proprement parler, on ne les fait pas », la complétait par cette maxime de bon sens et d'opportunité : « Il est utile de conserver tout ce qu'il n'est pas nécessaire de détruire : les lois doivent ménager les habitudes, quand ces habitudes ne sont pas des vices »², à laquelle nous pouvons rattacher une autre expression de sagesse pratique, qui traduisait la réaction désenchantée devant l'expérience révolutionnaire, et qui symbolise pour nous l'état d'esprit du Code civil : « Comme avant d'élever un grand édifice, l'architecte observe et sonde le sol pour voir s'il en peut soutenir le poids, le sage instituteur ne commence pas par rédiger de bonnes lois en elles-mêmes, mais il examine auparavant si le peuple auquel il les destine est propre à les supporter³ ».

Ils furent donc amenés à reprendre en détail tous les travaux de leurs devanciers, les gloires coutumières, comme les jurisconsultes du droit écrit, en même temps que les législateurs hâtifs de la Révolution, qu'on n'eut nullement l'intention d'écarter. Ils accueillirent au surplus avec une particulière bonne grâce les pratiques et initiatives des tribunaux qui étaient les *faits tangibles* auxquels les nouvelles idées demandaient la *matière* des lois qu'on projetait. Or nos praticiens faisaient encore partie, de par leur formation et leurs années d'exercice professionnel, de l'*Ancien Droit*, dans lequel on puisa naturellement les habitudes et exemples qu'on se proposait d'utiliser, tandis que la Révolution n'avait pas été assez stable ni assez durable pour former des *mœurs* dont on pût tenir compte à ce point de vue. Si bien que l'Ancien Droit retint un surplus d'attention qui échappait aux solutions révolutionnaires, et c'est en lui surtout, plutôt qu'en elles, qu'on vit ce *fonds national* qu'on cherchait principalement à raccrocher, pour le consacrer en l'adaptant aux conquêtes politiques, et l'épanouir en un texte unique.

Telle fut la voie, presque *de traverse*, par où l'Ancien Droit s'engouffra dans le Code civil, telles furent les visées essentielles de ses auteurs. Comme on l'a très bien dit : « Les rédacteurs du Code civil, les bons ouvriers de cette formidable tâche, ne prétendaient aucunement à être des créateurs; c'étaient des disciples, et non des prophètes... Les commissaires du Consulat et les membres.

(1) Voir Locré, t. 11, p. 168.

(2) *Discours préliminaire*.

(3) Trouvé dans ses papiers, intitulés *lois*.

du Conseil d'Etat furent simplement les ouvriers de la dernière heure; ils bâtirent solidement l'édifice dont le plan était tracé d'avance et dont les matériaux avaient été choisis et préparés par les générations antérieures¹ ». Si la Révolution a pu être comparée par le même auteur à « l'éruption soudaine d'une lave encore chaude, à côté des anciennes stratifications lentement formées », le Code civil donc, à plus forte raison, est, comme le caractérise A. Sorel, « un être de terroir, et c'est pourquoi, greffé sur notre arbre de France, il a puisé la sève en la terre française et y a fructifié² ».

S'opposant, pour les raisons que nous avons énumérées, à l'*apriorisme* et à l'*idéalisme*, pivôts de la Révolution, se mettant volontairement au service des habitudes, des mœurs, des *pratiques*, faits d'observation, les législateurs du Consulat semblent avoir voulu *faire réaliste*. Une troisième observation peut fonder cette opinion : le style législatif utilisant le procédé exclusif de l'*injonction légale*. On ne croit plus, même si on le vante encore, à la vertu de quelques définitions ou même de préceptes généraux formulés impérativement, pour retenir et sanctionner les passions des hommes, on ne vise plus à la confection d'un code « simple comme la nature » et intelligible à tous. Le Premier Consul résume l'opinion générale en remarquant au Conseil d'Etat « que depuis qu'il entend discuter le Code civil, il s'est souvent aperçu que la trop grande simplicité dans la législation est l'ennemie de la propriété. On ne peut rendre les lois extrêmement simples sans couper le nœud plutôt que de le délier, et sans livrer beaucoup de choses à l'incertitude et à l'arbitraire³ ». On distingue la science du droit et la jurisprudence, du *texte positif*, qu'on isole nettement de toute considération théorique, suivant en cela le précepte de l'Hospital, rappelé par le Tribunal d'appel de Lyon dans ses observations : « La loi commande; elle n'est pas faite pour instruire, elle n'a pas besoin de convaincre ».

Le caractère *réaliste* du Code civil, qu'on pourrait tirer de ces trois ordres de considérations, n'est cependant qu'*apparent*. On peut dire qu'il a *tendu* à être national, à concentrer le suc de l'observation des faits, à répondre aux besoins. Mais deux raisons primordiales empêchèrent les rédacteurs de réaliser leurs légitimes désirs. 1° Ils ne surent pas *choisir* entre deux philosophies qui se combattaient, et crurent ainsi les concilier en admettant cumulativement : la *métaphysique du droit naturel*, immanent à un homme universel et immuable; le *positivisme scientifique* de l'école historique montante. 2° Ils ne virent pas ce qu'il y a de limité dans l'*expérience d'un praticien en général* et ce qu'il y

(1) A. ESMEIN, *Le Livre du Centenaire*, p. 5 et 18.

(2) *Ibid.*, p. XVI.

(3) Locré, t. 16, p. 192.

avait de précisément désuet dans ce qui avait été leur *propre expérience pratique*. Ce sont ces questions que nous allons maintenant examiner.

II

Nous avons marqué plus haut la perdurabilité du *droit naturel*, explication facile, parce que verbale, du problème de la marche du droit dans ses rapports avec la morale. Suivant les époques, il se fonde et se combine diversement. La Révolution en lia la notion avec celle de la *simplicité des lois* qui lui était chère. Si bien que, comme le remarque A. Sorel, « le Code se fondant sur la nature, l'expression en était évidente comme celle des lois de la nature, ce qui était la plus fallacieuse des combinaisons, n'y ayant rien de plus complexe que les phénomènes de la nature physique et rien de moins intelligible aux personnes non préparées que les formules par lesquelles les savants en expriment les lois¹ ».

La notion dominait à ce point les esprits, qu'elle ne sombra pas avec quelques autres principes adoptés par la Révolution. Le Code civil l'utilisa à son tour, en l'alliant cette fois avec l'idée de la *complexité des lois*. Peu importait. Le fondement de droit naturel subsistait intact : c'était la *nature des choses*. Or nous avons vu qu'on y peut, à son gré, *tout* introduire. Le système dans son ensemble resta cohérent, tant qu'on ne prétendit régir qu'un *homme abstrait*, et le construire suivant ce qu'on avouait être un *idéal*.

Mais tout changea, lorsque, avec le Code civil, des préoccupations *objectives* s'introduisirent dans la législation. On ne voulut, soudain, plus être qu'*observateurs*, on ne songea plus qu'à modeler les lois sur l'homme *existant*, et même à les faire spécialement *pour les Français*. On continua cependant à invoquer la nature des choses, tout au moins la *nature de l'homme* qui n'avait, malgré son titre, absolument rien d'expérimental, et reposait, par tradition comme en fait, sur la *raison*². Ainsi, si l'observation était bien la règle, une part arbitrairement variable d'abstraction se glissait subrepticement dans les interstices des expériences de nos législateurs : à certains moments, il arrive qu'on supplée à une observation défailante ou... désavantageuse, par des remarques *rationnelles*, ou même simplement des *désirs*. Ils se croyaient si bons observateurs, nos précoces positivistes, qu'ils ne s'aperçurent pas de la fissure que la méthode unique qu'ils arboraient, recouvrait. Les deux méthodes se combinaient à leur

(1) *Le livre du Centenaire*, t. premier, p. XXI

(2) Sur le sens, très variable de cette *raison*, qui s'étend jusqu'à *instinct* et *sentiment*, V, 2^e partie, ch. 3^e, section III, notamment p. 204 et 205.

insu, la plus ancienne s'interposant subtilement au cours des arguments que présentait fièrement la nouvelle. On continuait le plus souvent à raisonner, tandis qu'on se croyait les champions de la méthode expérimentale qui jaillissait tout autour.

Donnons comme exemple d'*abstraction* présentée à titre d'*observation historique*, une maxime de Portalis, que nous avons trouvée dans ses papiers de préparation du Code civil : « Il est des institutions tellement particulières qu'elles paraissent indifférentes au droit naturel. Il n'en est aucune qui ne soit fondée sur des règles de proportion, d'égalité, de réciprocité, et qui ne soit dirigée au bien général qui est le but de la nature ». Transcrivons en regard l'opinion sur une question analogue du réaliste Premier Consul : « Le mariage prend sa forme dans les mœurs, dans les usages, dans la religion de chaque peuple. C'est par cette raison qu'il n'est pas le même partout... L'organisation des familles ne dérive donc pas du droit naturel : les ménages des Romains n'étaient pas organisés comme ceux des Français¹ ». Et il n'y expose pas toute sa pensée, tant la confusion signalée régnait en despote, au point d'obnubiler les réactions individuelles.

On donne volontiers pour trait caractéristique du Code civil, le fait d'avoir été fait par des *praticiens*. On veut introduire par cette expression qui est juste, un jugement qui l'est moins, à savoir leur vaste connaissance de la *réalité des choses*, leur pénétrante appréciation de l'*inflexion des événements*, leur *flair* des offres et des demandes de la *vie sociale* qui s'organisait autour d'eux, *sous eux*, pourrait-on dire. Or, il est vrai de dire que les cas discutés devant les tribunaux, si concrets soient-ils, ne représentent pas la matière sociale vivante. Non seulement ils n'en présentent qu'une sorte de *déformation*, mais encore ils n'embrassent qu'une petite partie de la réalité, celle précisément à laquelle les lois existantes *donnent accès* auprès des tribunaux.

Nous allons le montrer le plus brièvement possible en examinant le cas de nos rédacteurs du consulat. Leur *pratique* était celle qu'ils avaient exercée sous l'Ancien Régime. Or, à l'intérieur des tribunaux, que pouvaient-ils connaître alors de la société dans laquelle ils vivaient ? Non seulement il n'y avait pas d'*assistance judiciaire*, mais les procès coûtaient extrêmement chers, n'étant accessibles qu'aux privilégiés de la fortune, que seuls rencontraient nos magistrats ou avocats. Quoi d'étonnant à ce que notre Code ne se soit occupé que des *biens*, les personnes elles-mêmes n'étant considérées que par rapport à leur patrimoine² ? Pourtant, voudrait-on croire que tout le monde était riche, sous l'Ancien Régime, ou même que tout le monde avait *du bien*, la Révolution vient prouver le contraire.

(1) Loaré, t. 5, p. 58.

(2) « Les rapports individuels ont toujours la propriété pour fin, même en ce qui touche l'état des personnes ». Loaré, t. 1^{er}, p. 268, la note.

Nos *praticiens* passaient à côté d'une vie grouillante qu'ils n'apercevaient pas, leur « expérience » étant tronquée de l'enseignement qu'ils eussent retiré de la fréquentation du peuple. Les contestations de celui-ci ne se posaient même pas ou bien étaient résolues dans le cadre fermé de l'organisation corporative, et, par suite, le praticien les ignorait. Devenu Législateur, en se replongeant dans un temps révolu, il les ignora tout autant, laissant sans réglementation le contrat de travail et sans guide les ouvriers isolés. « On ne peut nier cependant, remarque M. Tissier, que le contrat de travail ne fût, en 1804 comme aujourd'hui, le plus fréquent de tous les contrats ¹. » La lésion y était bien plus facile, qu'on protégeait si jalousement dans les ventes d'immeubles. Quant aux ouvriers, c'est-à-dire ceux qui vivent de leur travail au jour le jour, qui composaient sans aucun doute la majorité à l'époque du Code civil et qui commençaient à pulluler dans les manufactures, on les abandonna gracieusement à leur liberté, tandis qu'on réglementait avec soin les intérêts des possédants. Et lorsque, par hasard, on parla d'eux, ce fut avec un sentiment de méfiance extrême et dans le but de les défavoriser ².

De même pour les enfants naturels, dont la législation du Code civil aggrava la situation. Cependant, Portalis était bon et humain, il avait voyagé, il avait souffert... Mais, dans sa jeunesse, dans son milieu, où on était pourtant si féru de cohésion familiale, on n'avait pas mis l'*accent* sur le malheur de l'individu isolé. A plus forte raison, les autres législateurs ne devaient-ils rien sentir... Préparés aux premiers changements par la souplesse et l'ardeur de leur adolescence professionnelle, ils s'étaient bientôt sclérosés et restèrent *au milieu* de leur effort. Si donc nos rédacteurs se sont si fort et si exclusivement préoccupés des intérêts pécuniaires, c'est qu'ils n'avaient connu *que cela*, dans leurs années de pratique judiciaire, où la personne n'était jamais envisagée pour elle-même, « dans son intégrité physique et morale, sa vie, sa santé, son activité, son développement moral et intellectuel ³ », qui sont le seul patrimoine du pauvre.

Le Code civil légiféra donc au nom d'une idéologie rigide et arbitraire, qui brutalisait les faits, *sans qu'on s'en aperçut*. L'expérience de Portalis et des autres, ce n'était pas une expérience *humaine*, mais seulement l'expérience des maladies que le corps social avait avouées, du temps où ils exerçaient le Droit. Or, la loi doit réglementer d'abord la *santé*, car, en législation comme en médecine, il vaut mieux *prévenir* les contestations par l'entretien délibéré d'une « santé légale » que *guérir* par

(1) *Le Livre du Centenaire*, I, p. 89.

(2) L'article 1781 portait jusqu'en 1868 : « Le maître est cru sur son affirmation : Pour la quotité des gages; pour le paiement du salaire de l'année échue; et pour les acomptes donnés pour l'année courante ».

(3) *Le livre du centenaire*, article de M. TISSIER, t. premier, p. 88.

l'intervention tardive et imparfaite des tribunaux. D'ailleurs, la loi positive est faite pour régler les cas *normaux* et régir les situations *ordinaires*, qui forment non les petites causes judiciaires, mais la *réalité sociale*. Portalis lui-même s'est élevé bien des fois contre les vues soupçonneuses et les manœuvres publiques de défiance. Nous verrons cependant bientôt qu'il pêcha personnellement contre son système, notamment en manquant de confiance envers les femmes.

III

L'appellation de « praticien » a perdu maintenant pour nous son auréole, car elle ne représente plus que l'exercice étroit d'un métier sans fenêtres, d'une pratique mesquine, aux relations oiseuses et stériles; ce n'est plus qu'une routine dans un cadre sans éclat. Qu'elles nous paraissent creuses les phrases sonores de Portalis, selon lesquelles les causes judiciaires « forment le tableau le plus fidèle des mœurs de chaque pays et de chaque siècle¹ ». Cette opinion, exprimée en 1806, nous confirme bien dans l'idée que nos législateurs praticiens pensaient avoir tout vu, tout entendu, ayant résumé, par leur profession, la connaissance de la société. Pourtant, le praticien vrai, c'est celui qui a vécu sur la terre, et non dans une enceinte, au milieu des hommes, et non dans une seule classe d'hommes, qui a ouvert les yeux sur le monde, puis réfléchi sur les faits, qui, pour tout dire, a *de l'expérience*.

Portalis aurait pu posséder cette carrure, mais il *n'osa* pas. Il avait trop été victime des secousses, dans sa vie tourmentée, pour chercher, quand il le put enfin, à *secouer*, à son tour. Il ne sut pas profiter de l'occasion qui s'offrait d'inscrire à l'ordre du jour ses révoltes d'avocat débutant dans la carrière des lois. L'âge s'était appesanti sur son courage autrefois téméraire, il préféra se courber, comme les autres, sous le joug du passé mort. Les événements révolutionnaires avaient tenté de *mordre*, en un seul coup, la vieille carcasse des préjugés. Un seul homme se montra à leur hauteur : ce fut le *conquérant*, à qui la jeunesse, qui manquait à ses collaborateurs, permit de faire sauter les contraintes accumulées servilement sur le réel. « Il s'assimila les choses de la législation comme il s'était assimilé les choses de la guerre, en les maniant ».

A. Sorel a exprimé presque *parfaitement* ce qui constitua la véritable originalité de Napoléon auprès des *praticiens*, qui restaient étonnés et admiratifs devant la manière crue du vivant personnage. Nous ne pouvons mieux traduire notre pensée qu'en

(1) *Eloge d'Ant. Louis Séguier*, p. 31, V. *supra*, p. 17.

transcrivant quelques passages de l'*Introduction* du *Libre du Centenaire* : « Ce qui constitua son originalité maîtresse au milieu de personnes, habituées pour la plupart à ne considérer que l'homme écrit : voir constamment et montrer l'homme vivant, en relief, ainsi qu'à la guerre, sur les cartes, les montagnes et les troupes en marche; substituer toujours et d'instinct la chose signifiée à la chose signifiante ».

Il compare « Bonaparte en son Conseil d'Etat, au milieu des légistes et de leurs répertoires de jurisprudence » à « Lesseps, à l'isthme de Suez, entouré des ingénieurs et de leurs machines ». A l'inverse de ses collaborateurs, « il cherchait ses exemples et ses applications dans les crises de cette Révolution qu'il avait vécue, avant de l'organiser. Il remplissait, pour ainsi dire, et constamment de réalité recueillie le moule des formules... En obligeant les conseillers à exposer, expliquer, justifier devant lui les propositions, à les mettre au point de son esprit merveilleusement précis et étendu, à la fois, sans préjugés de carrière ni de doctrine, sans routine et sans utopie; en les forçant à sortir du convenu, de l'abstraction, du système; à prendre les faits et les hommes tels qu'ils sont, il les amena à *réaliser* leurs idées, et ordonner en définitions précises les réalités de la Révolution ¹ ».

Mises à part les interventions du maître, qui, malheureusement pour leurs conséquences, avait lui aussi ses passions, un des caractères de notre Code paraît être ce *réalisme à mi-chemin*, cette combinaison timide que nous retrouvons presque drama-

(1) Le jugement de NAPOLÉON nous a frappé relativement à deux questions où il se montra bien plus clairvoyant que les patriciens de son Conseil. Le premier exemple nous est fourni par la discussion sur les *nullités de mariage*. Il se cabre devant ce qui allait devenir l'article 146 « Il n'y a pas mariage... » Son esprit concret devinait là, derrière les mots, une difficulté, sans arriver cependant à l'élucider, tandis qu'aux juriscultes, tout semblait parfaitement clair. Le Premier Consul distingue à plusieurs reprises entre « Il n'y a pas mariage » et « mariage susceptible d'être cassé », entre « il n'y a pas de mariage » et « il n'y a pas de consentement libre ». Les partisans de la *théorie de l'inexistence* auraient donc pu se fonder sur ses hésitations et citer ses propres termes, bien que TRONCHET donne raison aux adversaires de cette théorie quand il dit : « Dès qu'il existe un acte matériel, il y a mariage, qui peut cependant être nul, s'il n'est pas intervenu de consentement, et ce mariage subsiste jusqu'au jugement qui en prononce la nullité. C'est ce qu'il importe de faire sentir, afin que les parties ne se croient jamais autorisées à se dégager de plein droit et sans l'intervention des tribunaux... jamais le mariage n'est nul de plein droit; il y a toujours un titre et une apparence qu'il faut détruire ». (Loché, t. 4, p. 437 et 439).

Dans une séance suivante, il s'agissait d'organiser le *divorce*. Les rédacteurs ne l'admettaient qu'au titre de sanction. TRONCHET représente l'opinion générale quand il dit : « Un contrat aussi sacré que le mariage ne doit être dissous que s'il devient évidemment impossible de le maintenir ». (Loché, t. 5^e, p. 81). Le PREMIER CONSUL plaidait pour le divorce pour incompatibilité, que personne ne voulait admettre, et, à défaut, semble-t-il, pour le divorce par consentement mutuel, masque discret d'une cause grave, que soutenaient avec lui quelques Conseillers. La section de législation, dont PORTALIS était l'organe, présente un projet où figuraient notamment comme causes du divorce, les *excès et sévices* et l'*injure grave*, que la loi de 1884 devait textuellement reprendre. Alors le PREMIER CONSUL, après avoir rappelé le rôle dans l'histoire du divorce pour impuissance ou pour adultère, remarqua : « Ces deux causes de divorce sont positives : celles que propose la Section sont au contraire tellement indéterminées, qu'elles impriment au mariage le caractère d'incertitude que lui donnerait l'usage du divorce pour incompatibilité d'humeurs ». (Loché, t. 5^e, p. 85). Il annonçait la jurisprudence la plus moderne...

tique chez Portalis qui, ayant perdu confiance dans les réformes qu'il avait longtemps espérées, préféra, au moment d'agir, se blottir paresseusement dans le *convenu*, qui était une assurance de tranquillité. Les Conseillers d'Etat, fatigués comme lui, ne virent plus que ce qu'ils savaient, et ils n'établirent que ce qu'ils voyaient. La même déconcertante opposition que nous avons constatée entre le *programme* et les *actes* des idéologues, philosophes officiels du Consulat¹, se retrouve, grave par ses conséquences, dans l'esprit des législateurs de la même époque : manque de précision de la méthode d'observation ; manque d'étendue du champ d'observation. On *supposa* au lieu de s'infléchir soi-même au réel. C'est l'*idée* qui domina les *faits*, encore au début du siècle de l'expérience, du « siècle de l'histoire ».

Au contraire, les hommes de la Révolution, sachant qu'ils légiféraient pour une société qui, à certains égards, n'avait pas encore existé, qu'ils ne pouvaient donc pas *voir*, ont prévu, sur quelques points, ce qu'ils ne *savaient* pas. Dans l'illusion de la Révolution, il y eut un élan, une beauté, qui a, par elle-même, accompli et produit. « Le droit révolutionnaire, a-t-on dit, malgré ses excès, pourra exercer une influence salubre, parce qu'il est supérieur à la tradition juridique, et que l'esprit philosophique qui l'inspire lui a fait devancer les siècles² ». Et en effet, qu'ont fait les législateurs successifs et la jurisprudence du XIX^e et du début du XX^e siècle, sinon revenir étape par étape, au point où s'étaient élevées, d'un seul bond, les lois révolutionnaires. Ceci est vrai surtout des rapports de famille : « Sous l'influence des idées philosophiques du XVIII^e siècle, dit M. Pilon, les assemblées avaient voulu introduire dans la famille les principes d'égalité et de justice dont ils rêvaient de faire la clef de voûte de tout l'édifice social. Mais leur effort allait se briser contre ce qu'on est convenu d'appeler l'« esprit de modération » des rédacteurs du Code civil »³.

C'est en ce sens que le Code civil fut une *réaction* contre la Révolution. Ses rédacteurs furent pourtant épris du même idéal de justice abstraite, ils approuvèrent les conquêtes de l'égalité. Mais pour *continuer de plus près* le travail des siècles précédents, ils voulurent *plutôt consacrer que prévoir*. Ils virent, pour la plupart, comme Tocqueville l'a exprimé, un fossé, une *faille*, là où il n'y avait qu'une marche progressive, à peine anticipée. En tout cas, la mission du législateur leur sembla être de se modeler sur ce qui était déjà, et non de deviner ce qui *se préparait à être*.

(1) Ils se mirent bientôt à dos Napoléon lui-même, qui s'était d'abord compté parmi eux : le pénétrant soldat s'aperçut de la marge qu'ils consacraient entre la méthode annoncée, et l'usage fort restreint qu'ils avaient coutume d'en faire.

(2) C'est la conclusion de M. SAGNAC, *ouvrage cité*, page 398.

(3) Voir l'article entier qui en est la démonstration, dans le *Livre du centenaire*, t. 2^e, p. 935.

Et pour *palper* ce qui *était* alors, ils se servirent malheureusement de leurs *idées*, qui *avaient été*. Si bien qu'A. Sorel, qui voulait honorer le Code civil, plaida en réalité *contre* une bonne partie de ses rédacteurs, et *pour* l'attitude de Napoléon surtout, dans la fin de ce passage : « Le grand homme d'Etat n'est pas celui qui prétend forcer une société à entrer dans le moule que, dans sa présomption, il a formé pour elle et qui légifère selon son génie à *lui*; c'est l'homme qui légifère selon son génie à *elle*, lui procure les moyens de vivre selon sa constitution propre, d'améliorer ses conditions d'existence sans dénaturer ses organes, l'accouche de l'être social qu'elle a engendré, dans sa croissance, et qu'elle portait confusément en son sein » ¹.



(1) *Ouvrage cité*, page XXVIII.

SECTION II. — NOTRE CODE EST-IL BOURGEOIS ?

Une réponse affirmative nous paraît être la conséquence directe du caractère *idéologique* que nous lui avons assigné dans la section précédente. Les rédacteurs n'ont pas songé à la différence réelle des temps ou tout au moins, n'en ont pas vu les conséquences immédiates. L'ouvrier avait été *maintenu* jusqu'à la Révolution dans un ensemble bien défini, la *corporation*, qui le détachait des autres services de la vie sociale, ou qui l'y *menait*, mais par son intermédiaire. L'individu en général étant libéré par la Révolution de toute organisation collective autre que l'Etat lui-même, l'ouvrier en particulier était *lâché* soudainement, sans qu'on pensât à l'y *intégrer*, dans l'immense globe national.

Cette transformation, c'était un fait, dont les législateurs du Consulat ne se préoccupèrent aucunement. L'ouvrier, qui autrefois n'appartenait pas, en tant que tel, à l'ordre de juridiction devant lequel ils avaient servi, étant assujéti aux règles intérieures de la corporation, rentrait maintenant pourtant directement sous l'empire de la *législation civile* qu'ils constituaient. Or, opposant la *réglementation* en général, à la *liberté* tout court, on ne pensa pas, à l'époque, qu'il fallût une organisation quelconque pour remplacer, ou combler le vide laissé par une réglementation particulière, fût-elle séculaire.

La chose n'aurait pas été grave, et peut-être n'aurait-elle même pas été mauvaise en soi, si, tandis qu'on laissait sans guide, les uns à côté des autres, des ouvriers solitaires et inexpérimentés, on n'avait pas organisé la *protection* de la propriété individuelle, dont la libération avait été saluée par l'enthousiasme général. L'ouvrier était dit *libre*, parce qu'il avait la possibilité de se placer quand et comment il lui plaisait; la propriété était dite *libre*, parce que personne n'avait le *droit* d'y toucher, hormis son propriétaire. L'ouvrier libre était *esclave* de la nécessité et ne pouvait compter que sur lui-même; la propriété libre était *maîtresse* d'elle-même, et protégée par l'autorité dans sa propre défense.

La Révolution avait apporté au monde la conquête de l'*égalité*. Mais qu'était cette égalité, dont on parlait, avant et après son établissement, avec tant de conviction ? Fondée sur la théorie des droits de l'homme « les hommes naissent libres et égaux en droit... », qui croyait elle-même à une nature humaine identique et permanente, elle était de caractère *abstrait*. On prenait les individus comme des entités, par elles-mêmes de valeur égale.

et on établissait que chacune, jouissant de la même dose de liberté, aurait droit à une protection d'égale force de l'Etat. On n'avait revendiqué ouvertement, et on n'obtenait d'ailleurs que l'égalité politique, sans se soucier aucunement de l'égalité sociale ou économique qui, pensait-on, était contenue dans la première.

En même temps, comme nous l'avons vu dans la section précédente, on se faisait du droit privé l'idée qu'il avait surtout pour but de régler les relations patrimoniales, et on laissait dans le domaine des mœurs ce qui touchait spécialement, et indépendamment des biens, les rapports de famille, et l'exercice de la liberté individuelle. « Le corps entier du Code civil, dit Portalis, est consacré à définir tout ce qui peut tenir à l'exercice du droit de propriété, droit fondamental, sur lequel toutes les institutions sociales reposent, et qui, pour chaque individu, est aussi précieux que la vie même, puisqu'il lui assure les moyens de la conserver » ¹.

La combinaison de ces deux conceptions amena la conclusion suivante : un Code civil issu d'une Révolution pour le triomphe de l'égalité se devait de la consacrer ; le Code civil, d'autre part, était fait pour donner des règles à la propriété. On *mesura* l'égalité des individus sur la *propriété* qui, par son aspect matériel et tangible, se prêtait admirablement, semblait-il, au rôle d'*étalon* qu'on lui assignait. La *propriété* étant dite *individuelle*, on compta les *individus* d'après les *propriétés* : chaque propriété était un *signal* d'individu. On pensait *l'égalité entre tous les hommes* bien consacrée dans le Code civil. Seulement, confondant les *personnes* avec les *propriétaires*, on n'avait établi que *l'égalité entre les propriétaires* ².

D'ailleurs, il ne faudrait pas croire qu'il n'y a eu ici qu'une erreur de calcul, causée par l'abstraction d'une formule. Les législateurs n'avaient pas un *but démocratique*. Nous avons vu qu'ils *auraient pu*, de leur temps, être plus soucieux des intérêts des classes ouvrières ³. Mais, suivant leur habitude, ils ne voulaient que sanctifier par la loi le fait accompli, en se refusant d'en prévoir les conséquences, même imminentes. On peut seulement avouer à leur décharge, que ceux de la Révolution n'avaient pas aperçu plus qu'eux le problème, et que l'attention générale n'était aucunement portée sur l'omission d'une législation à l'usage des classes pauvres. Longtemps après eux, on applaudissait même, dans le Code Napoléon, son « esprit démocratique », qui courait comme une légende. La *démocratie* était

(1) *Exposé des motifs du projet de loi sur la propriété.*

(2) Dans l'*Exposé des motifs du projet de loi sur la propriété*, nous trouvons cette phrase caractéristique (qui est, ironie de la mémoire, empruntée au *Discours sur l'inégalité* de ROUSSEAU) : « Pour rendre à chacun le sien, il faut que chacun puisse avoir quelque chose ». PORTALIS est persuadé que, depuis le Code civil, *chacun égale propriétaire*, chaque individu étant un *propriétaire*.

(3) V. *supra*, p. 243.

alors, comme Troplong l'expliquait, la conciliation et l'équilibre des libertés, les hommes ayant droit à la protection de la loi « dans les conditions d'inégalité qu'ils se sont faites par le légitime emploi de leur force naturelle » ¹. Toutes les grandes têtes politiques et juridiques de son époque partageaient l'opinion, car l'excès d'enthousiasme dont le Code était l'objet portait à lui reconnaître toutes les qualités.

Mais en réalité, il avait laissé toute une partie de la société en dehors de cette « démocratie ». Et Louis Blanc, révolté contre cette injustice qui donnait à des hommes une égalité-façade dont ils ne pouvaient pas vivre, s'écriait justement : « Qu'importe au malade qu'on ne guérit pas le droit d'être guéri ?... Le droit considéré d'une manière abstraite est le mirage qui, depuis 1789, tient le peuple abusé ». En effet, il est permis de conclure comme Saleilles : « En théorie, on avait échaffaudé une vaste construction dans laquelle tous devaient trouver place. En fait, il arrivait que seules les classes possédantes s'y trouvaient à l'aise, et que les autres restaient à l'entrée, luttant et s'écrasant pour y pénétrer. A ceux-là seulement qui avaient franchi la porte, la loi civile offrait un abri sûr et de sérieuses protections. On avait organisé, sans le savoir et sans le vouloir, le Code de la bourgeoisie » ².

Aux griefs de lacune et de partialité, par lesquels l'époque *moderne* croit réparer sa propre injustice et en venger la durée, le Code civil peut répondre. Deux arguments servent principalement sa défense. D'abord, il y avait du mérite, après la Révolution, à organiser durablement une conquête. Toutes les utopies avaient teinté les querelles révolutionnaires de leurs déplorables échecs. L'anarchie avait lassé, aigri, endeillé les systèmes tour à tour puissants et l'ensemble de la population française. De tous les essais, un seul survécut : la *propriété individuelle*. Et le Code Napoléon peut se faire un titre d'avoir réussi à le sauvegarder et à le garantir pour l'avenir. Nous y insisterons dans le prochain chapitre. Pour le moment, nous allons, dans la section suivante, rappeler un autre mérite du Code civil : celui d'avoir été plus modeste que les lois révolutionnaires ses devancières, de n'avoir pas cru à sa pérennité, d'avoir ouvert la porte au temps et au progrès social, par la mission qu'il assigna à la *jurisprudence*.



(1) Voir ses *Mémoires* à l'Académie des Sciences morales et politiques, de 1848 et 1850.

(2) Le *Livre du Centenaire*, p. 115.

SECTION III. — NOTRE CODE EST-IL COMPLET ?

Nous touchons à une des matières où l'influence de Portalis s'est fait le plus vivement sentir dans la législation française, et c'est en feuilletant, presque uniquement, les textes de notre auteur qu'on peut le plus sûrement connaître la pensée du législateur. Il s'agit du *but général des lois*, de la place qu'elles admettent, à côté d'elles, à la *doctrine* et à la *jurisprudence*. Suivant le *fondement* qu'on assigne à la législation positive, sa *fin* varie, entraînant elle-même une conception plus ou moins stricte de l'*observance* qui lui est due, c'est-à-dire une conception plus ou moins large de la part de *collaboration* qu'elle permet à ses interprètes.

Sur le *fondement des lois positives*, nous nous sommes étendus dans notre chapitre sur la *nature*. Nous avons vu qu'elles sont considérées par Portalis comme *conditionnées* par la *nature des choses* : c'est d'une part, au sens donné par Montesquieu, le peuple envisagé, sa situation, son climat, son histoire particulière; c'est d'autre part au sens de *droit naturel*, un ensemble de principes d'équité, que Dieu a gravés au fond du cœur de l'homme, pour son bonheur, de façon si évidente qu'on ne peut les violer impunément. Les lois positives sont, à un autre point de vue, une *déclaration de la volonté du législateur*, celui-ci, voix autorisée de l'*intérêt général*, étant juge de l'opportunité comme de la forme des lois qu'il porte¹.

Par suite, le pouvoir d'un législateur donné est plus ou moins grand suivant le *caractère* de ces lois, allant décroissant depuis le « pur droit positif », par le « droit civil », jusqu'au « droit naturel écrit » où il ne fait que munir d'une sanction un droit immuable dont il n'est qu'interprète. Suivant ces différents stades de la volonté du législateur, le grand *intérêt public* qui doit le mener presque exclusivement dans le *droit politique*, fait place progressivement à celui des particuliers : « Dans le droit politique, les individus ne sont rien : il s'agit de sauver la chose publique. Dans le droit civil, tout se réduit aux particuliers : chaque individu est considéré comme la société toute entière »².

(1) Voir spécialement, *supra*, p. 200.

(2) PORTALIS, au Locré, t. 12, p. 197. La distinction est complétée comme suit dans le *Discours préliminaire* : « La loi politique, qui ne s'arrête point aux convenances particulières quand elle entrevoit un point de vue plus général, se conduit plutôt par la raison d'Etat que par un principe d'équité. La loi civile, au contraire, dont l'office principal est de régler les droits et les convenances entre particuliers, incline plutôt vers l'équité que vers la raison d'Etat ».

Nous allons chercher quels sont d'après Portalis, c'est-à-dire d'après le Code civil, au nom duquel il parle, les institutions dont l'ensemble constitue le *droit civil*. Pour cela, après avoir décrit le but ou plutôt les *buts de la loi positive*, nous verrons qu'elle utilise la *collaboration des hommes*. Alors nous tracerons le *développement de la loi dans l'espace*, c'est-à-dire son interprétation, puis son *déroulement dans le temps*, c'est-à-dire son complément, pour conclure sur le *rôle général de la jurisprudence*.

I

Conséquence de leur fondement, le *but direct* des lois positives nous apparaît bien distinct de celui des lois naturelles ou morales et des lois de la religion : « ...Les hommes sont sujets à l'erreur; ils ont des passions; ils oublient sans cesse ce qu'ils doivent aux autres, ce qu'ils se doivent à eux-mêmes, et c'est pour eux qu'il s'agit de faire des lois. — En cet état, quelle est la latitude laissée au législateur ? — Les lois politiques et civiles sont uniquement chargées de l'ordre présent des choses, et des intérêts temporels et variables des hommes; elles ont plus pour objet la paix que la vertu, le bien général de la société que la perfection des individus... C'est ce qui fait que l'on a dit, dans tous les temps, que ce qui est licite n'est pas toujours honnête » ¹. Portalis complète sa pensée dans son grand ouvrage : « Le but général des lois, qui d'ailleurs, dans les détails, doivent se conformer aux mœurs et aux localités de chaque peuple, est d'empêcher l'anarchie et de prévenir ou de réprimer les injustices » ².

D'autre part, en effet, les lois positives, prenant leur source dans un fonds qui leur est commun avec la religion et la morale, ont par elles-mêmes une action sur la *conduite* des hommes : « Nous convenons qu'il y aura toujours des injustices malgré les lois : mais sans les lois, les injustices n'auraient point de bornes. C'est mal juger des bons effets d'une loi que de ne s'occuper que du mal qu'elle réprime sans s'occuper de celui qu'elle prévient; il y aura toujours des crimes à punir, donc les lois n'empêchent pas toujours le crime. Mais n'opposez aucune digue au torrent des vices, des délits et des passions, et vous jugerez alors quelle est la force insensible que les lois auront sur les actes des hommes... Car, désabusons-nous, si quelquefois les mœurs

(1) Nous tirons ce passage du *rapport* de Portalis au Conseil des Anciens sur le *divorce*. Il réunit ce que Portalis transcrivit par fragments, notamment dans le *Discours préliminaire*, dans le *Libre préliminaire du Code civil*, et dans l'*Exposé des motifs du projet sur la vente*.

(2) De l'usage, II, p. 287.

supplément les lois, plus souvent encore les lois suppléent les mœurs. La législation et la jurisprudence sont comme les canaux par lesquels les idées du juste et de l'injuste coulent dans toutes les classes des citoyens » ¹. *Indirectement* par suite, les lois positives tendent au *bonheur* des hommes : « ...Le législateur et le jurisconsulte ont une tâche plus imposante à remplir. Ils ne doivent pas se borner à recueillir et à concilier des textes épars; mais ils doivent choisir au milieu de toutes les idées et de toutes les maximes de législation qui ont été jetées dans le monde, celles qui se combinent le mieux avec les besoins de la société et le bonheur des hommes ². »

C'est de l'ensemble gradué qui constitue leur *finalité*, que Portalis tire *trois* des caractères des lois positives : la complexité, la généralité, la non-rétroactivité. La *complexité* : « La sagesse du législateur a été obligée de faire le même progrès que la malice de l'homme, afin que chaque mal trouvât son remède, chaque fraude sa précaution, et chaque crime sa peine » ³. La *généralité* : « Une loi n'a pour elle la présomption de justice, que parce qu'elle statue généralement et qu'aucun individu ne peut dire : *elle a été faite contre moi* ⁴ ». La *non-rétroactivité* : « Une loi rétroactive frappe sans avertir. Elle ne se propose donc pas de rendre les hommes meilleurs, elle ne cherche qu'à les trouver coupables. Elle ne peut avoir que l'effet de les rendre malheureux. — Cependant le but essentiel des lois doit être l'amélioration des choses et la plus grande utilité des personnes; il est surtout incontestable que les lois ne doivent pas être des pièges. Faites pour réprimer la mauvaise foi et la méchanceté des citoyens, elles doivent avoir elles-mêmes la plus grande candeur et la plus grande innocence » ⁵.

Il reprend la même idée dans ce magnifique passage de l'*Exposé des motifs du titre sur la publication des lois en général*. « L'homme, qui n'occupe qu'un point dans le temps comme dans l'espace, serait un être bien malheureux, s'il ne pouvait pas se croire en sûreté, même pour sa vie passée; pour cette portion de son existence, n'a-t-il pas déjà porté tout le poids de sa destinée ? Le passé peut laisser des regrets; mais il termine toutes les incertitudes. Dans l'ordre de la nature, il n'y a d'incertain que l'avenir, et encore l'incertitude est alors adoucie par l'espérance, cette compagne fidèle de notre faiblesse. Ce serait empirer la triste condition de l'humanité, que de vouloir changer par le système de la législation, le système de la nature, et de cher-

(1) *Exposé des motifs du projet de loi sur la vente.*

(2) *Ibid.*

(3) Maxime trouvée dans les papiers de Portalis, préparant ses discours législatifs.

(4) Belle formule du discours sur les prêtres assermentés.

(5) *Ibid.*

cher, pour un temps qui n'est plus, à faire revivre nos craintes, sans pouvoir nous rendre nos espérances ».

II

Les lois positives ne suffisent pas à régir une société donnée. Des règles formelles, statuant sur le général, doivent être assouplies au contact des hommes : « La loi, dit Portalis, qui n'a ni yeux ni oreilles, doit pouvoir être modifiée d'après ce que l'équité exige, suivant les circonstances et suivant les inconvénients qu'elle produit dans les cas particuliers. On a vu des pays bien gouvernés par des hommes sans l'intervention des lois; on n'en a jamais vu régis par les lois sans le concours des hommes » ¹. Ce concours des hommes peut prendre trois formes : ce peut être la *raison* des citoyens, la *doctrine* des jurisconsultes, la *jurisprudence* des tribunaux.

Le Code civil se soucie de *liberté* et ne veut pas que l'autorité des lois fasse fléchir la fierté légitime et la capacité naturelle des citoyens pour qui elles sont faites : « On gouverne mal quand on gouverne trop. Un homme qui traite avec un autre homme, doit être attentif et sage; il doit veiller à son intérêt, prendre les informations convenables, et ne pas négliger ce qui est utile. L'office de la loi est de nous protéger contre la fraude d'autrui, mais non pas de nous dispenser de faire usage de notre propre raison. S'il en était autrement, la vie des hommes, sous la surveillance des lois, ne serait qu'une longue et honteuse minorité; et cette surveillance dégènerait elle-même en inquisition » ².

C'est pourquoi la loi fait confiance aux hommes. Dans certains cas, elle se destitue elle-même en faveur des *volontés particulières* qu'elle veut respecter. Elle stipule par exemple : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » ³. « La loi, ajoute Portalis, n'attache pas moins d'effet à la disposition que fait l'homme en vertu de l'autorisation qu'elle lui donne, qu'à la disposition qu'elle fait elle-même directement... Dans les choses où l'homme dispose en vertu du pouvoir que lui en donne la loi, sa volonté doit être exécutée plus scrupuleusement que la disposition de la loi elle-même » ⁴.

Il y eut grande discussion au Conseil d'Etat pour savoir si la loi devait comporter des *définitions*. L'argument donné contre elles est le suivant : « ...Elles sont très difficiles... Il est donc dangereux de les placer dans un code; car si elles étaient vicieuses, elles conduiraient à des fausses conséquences. — Les définitions

(1) Locré, t. IV.

(2) *Discours préliminaire*.

(3) Art. 1134, al. 1^{er}, du Code civil.

(4) Locré, t. 11, p. 249 et 250.

sont le résultat des dispositions du code, elles sont donc du domaine de la science; or le code est le fait du législateur »¹. Portalis, Tronchet et Bigot-Préameneu sont d'accord pour combattre cette opinion, non pas que le code dût contenir des formules scientifiques, mais précisément parce que, à leur avis, « les définitions du droit ne sont pas purement scientifiques; elles sont positives »², que « les définitions sont de véritables dispositions, et même les dispositions fondamentales de la loi; car elles fixent les incertitudes qui peuvent naître de la diversité des autres dispositions »³; raisons auxquelles s'ajoute un argument pratique que Portalis présente par rapport aux ordonnances de l'Ancien Droit, qui ne contenaient pas de définitions : « Aujourd'hui qu'on rédige un code destiné à remplacer le droit écrit et les coutumes, on ne peut se dispenser de définir, parce que ces lois abrogées ne devant pas désormais être enseignées dans les écoles, rien ne donnerait plus une idée précise de la chose, si elle n'était expliquée par le Code civil ».

Le soin qu'on prend à justifier cette insertion de définitions dans un Code de lois positives, montre qu'on ne prétend pas faire œuvre de science. La position des Conseillers d'Etat est tout à fait concordante relativement à ce principe, devant lequel ils s'inclineront respectueusement à l'unanimité au moment de détacher du Code le *Livre préliminaire*, qu'ils considéraient pourtant comme un beau monument. La science du droit a son rôle distinct, à côté des règles légales. Ce que Portalis exprime clairement dans son *Discours de présentation du Code civil* : « Les lois sont des volontés. Tout ce qui est définition, enseignement, doctrine, est du ressort de la science. Tout ce qui est commandement, disposition proprement dite, est du ressort des lois. — S'il est des définitions, dont le législateur doive se rendre l'arbitre, ce sont celles qui appartiennent à cette partie muable et purement positive du droit, qui est toute entière sous la dépendance du législateur même; mais il en est autrement des définitions qui tiennent à la morale, et à des choses qui ont une existence indépendante des volontés arbitraires de l'homme ».

Portalis confond parfois science du droit et jurisprudence parce que, dans l'Ancien Régime, les deux rôles étaient tenus par les mêmes personnes : critique théorique, application pratique. « C'est la jurisprudence, c'est-à-dire la science du droit, qui fournit tous les matériaux de la législation ». « Le vertueux chancelier d'Aguesseau disait très bien que le temple de la justice n'était pas moins consacré à la science qu'aux lois, et que la véritable doctrine, qui consiste dans la connaissance de l'esprit des lois, est supérieure à la connaissance des lois elles-mêmes »⁴.

(1) BÉRENGER, au Locré, t. 11, p. 90.

(2) PORTALIS.

(3) BIGOT-PRÉAMENEU.

(4) *Exposé des motifs du titre sur la publication des lois en général*.

Nous allons donc exposer en même temps le travail de la doctrine et celui de la jurisprudence *stricto sensu*.

III

D'abord la *doctrine*, en tant que science des principes, *inspire* et *dirige* la législation. « La science embrasse tout ce qui peut s'offrir à l'esprit. La législation choisit dans la science tout ce qui peut intéresser plus directement la société... Un principe devient une disposition, quand il est sanctionné par la puissance législative. — Avant la sanction publique, un principe n'est que le résultat d'un ou de plusieurs raisonnements que d'autres raisonnements peuvent atténuer ou obscurcir. Après la sanction publique, un principe devient un fait positif qui termine tous les raisonnements et toutes les incertitudes. Le savant, le philosophe, le jurisconsulte enseignent et propagent les principes; le législateur seul peut faire les règles; car la raison particulière d'aucun homme ne peut dominer celle d'un autre homme. Il n'y a que la loi, raison publique, qui peut commander à tous... Il ne faut pas tout abandonner à la science. Il ne faut pas tout régler par des lois. — La science abandonnée à la dispute, n'offre qu'une mer sans rivage. Les règles, posées par la législation, font que les rivages ne manquent pas à la mer... Rien n'est plus favorable que cette sorte d'instruction légale, qui éclaire et commande tout à la fois, et qui rassure la société contre les fluctuations de la science » ¹.

Ensuite commence le travail d'*interprétation*, auquel collaborent *jurisprudence* et *doctrine* : « L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit, d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. — C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application. — De là, chez toutes les nations policées, on voit toujours se former à côté du sanctuaire des lois, et sous la surveillance du législateur, un dépôt de maximes, de décisions et de doctrine qui s'épure journallement par la pratique et par le choc des débats judiciaires, qui s'accroît sans cesse de toutes les connaissances acquises, et qui a constamment été regardé comme le vrai supplément de la législation » ².

Portalès dit bien que la doctrine consiste dans la connaissance de l'*esprit des lois*, et que la jurisprudence n'interprète que *sous la surveillance du législateur*. — C'est une vision *statique* de la mission du juge (puisque'elle exige de sa part un approfondissement de la pensée d'un législateur passé), mais son ampleur supplée à son mouvement, au point d'attribuer au magistrat un pouvoir presque infini : « Il y a une science pour les législateurs, comme il y en a

(1) *Discours de Portalès sur la publication des lois.*

(2) *Discours préliminaire.*

une pour les magistrats; et l'une ne ressemble pas à l'autre. La science du législateur consiste à trouver, dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun : la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées; d'étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue, et de ne pas s'exposer au risque d'être tour à tour esclave et rebelle, et de désobéir par esprit de servitude » ¹.

Or, ce large pouvoir d'interprétation des lois positives laissé au magistrat, étonne aujourd'hui, de la part de rédacteurs si imbus de la majesté de leur œuvre. Quant au XIX^e siècle, qui avait vu naître le Code civil, il a négligé longtemps sur ce point sa pensée, pour lui vouer un culte *littéral* qu'il n'avait pas réclamé. Si la mission du juge a échappé dans les années qui suivirent la parution du Code, c'est à notre avis, que l'idée sur laquelle il se dressait : *l'équité naturelle*, avait passé de mode.

Voyons, en effet, ce texte significatif, tiré des papiers législatifs de Portalis : « Laisser aux juges le droit d'interpréter les lois positives et d'y suppléer au besoin par les lumières naturelles de la droiture et du bon sens. Rien de plus puéril que les précautions prises sur ce point par les Anglais. Pour ôter les jugements arbitraires, ils se sont soumis à mille jugements iniques, et même extravagants... Il est des premiers principes du droit naturel que la raison du magistrat découvre sans le secours de la science. Il est des lois que nous savons et que nous n'avons jamais apprises, qui sont nées, pour ainsi dire, avec nous, et qui, au milieu de la dépravation du cœur humain, rendent encore un perpétuel témoignage à la justice pour laquelle il avait été créé ».

C'est en vertu de cette idée que le législateur renvoie notamment au juge pour déterminer dans chaque cas particulier le licite et l'illicite, se contentant de poser lui-même le *principe* de la responsabilité de chacun pour ses propres fautes, dans l'art. 1382. De même dans les art. 900, 1172, et 1133, où le législateur fait confiance au magistrat, à d'autres points de vue, pour la question de savoir ce qui est licite et ce qui ne l'est pas. Le magistrat statuera en vertu d'un jugement de valeur dicté par *l'équité*. Ainsi, pour Portalis, c'est en puisant dans le *droit naturel*, dont le législateur s'est lui-même inspiré, que le magistrat *retrouvera* le véritable *esprit* de la législation, celui qui n'est pas né et ne peut mourir, parce qu'il gît en droit au fond du cœur de tous les hommes, unissant dans leur contemplation législateurs et magistrats ². A ce compte-là, on conçoit l'inviolabilité de la liberté d'interprétation du juge... !

(1) *Ibid.*

(2) Dans un de ses plaidoyers, du 31 mars 1772, PORTALIS, utilisant un style qui était bien nouveau à l'époque, et dominé par des préoccupations également inaccoutumées de la pratique judiciaire, expose ses *principes* : « J'appelle principe de la loi, dit-il, les motifs et la cause qui rendent la loi juste ou nécessaire. J'appelle principe de la loi l'équité qui explique la loi quand elle est obs-

IV

Nous venons d'étudier le *développement de la loi dans l'espace*, donné par les jurisconsultes qui l'expliquent, et surtout les juges qui l'appliquent. La loi présente également un *déroulement dans le temps*, que nous avons distingué du premier, peut-être arbitrairement, parce qu'il nous paraît être fondé sur de tout autres principes. Transcrivons d'abord le texte essentiel, tiré du *Discours préliminaire* : « D'ailleurs, comment enchaîner l'action du temps ? Comment s'opposer au cours des événements, ou à la pente insensible des mœurs ? Comment connaître et calculer d'avance ce que l'expérience seule peut nous révéler ? La prévoyance peut-elle jamais s'étendre à des objets que la pensée ne peut atteindre ? — Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plus tôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir aux magistrats. Car les lois, une fois rédigées, demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes, au contraire, ne se reposent jamais; ils agissent toujours; et ce mouvement qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont si diversement modifiés par les circonstances, produit à chaque instant quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau ».

Voilà la conception *dynamique* de la mission du juge, conception qui ajoute à la multiplication statique que nous avons précédemment exposée. Elle l'englobe d'ailleurs et la *mène*, car par elle peut s'introduire maintenant plus qu'une application même large des formules de la loi, mais bien plutôt leur *durée*. Toute la philosophie de l'histoire était précocement incluse dans la page citée de Portalis. Ils ont eu bien tort, ceux qui ont voulu, à toute force, opposer la fixité inerte des codes, et du Code Napoléon en particulier, au cheminement mouvant et serré de la *coutume*¹. Avec ce progrès, *en puissance* dans la loi, toute sa rigidité apparente s'énervé et *se détend*, jusqu'à rejoindre le siècle suivant. C'est donc Portalis qui sauva la vie du Code Napoléon².

cure, et qui la supplée quand elle est insuffisante. J'appelle disposition de la loi la règle particulière que la loi prescrit, et qui est toujours subordonnée d'une part au principe qui l'a fait établir, et d'autre part aux circonstances auxquelles il faut l'appliquer ». Recueils des plaidoyers de Portalis, t. IV, f° 129.

(1) Dans son idée que « le droit est beaucoup moins l'œuvre du législateur que le produit constant et spontané des faits », DUGUIT, par exemple, croit s'opposer diamétralement à l'esprit du Code civil : « Les hommes de 1789, dit-il, et les auteurs du Code Napoléon et aussi, il faut le dire, la grande majorité des jurisconsultes français et étrangers de la première moitié du XIX^e siècle, sauf l'école de Savigny, estimaient qu'il y avait là un système de droit définitif, qui s'imposait avec la rigueur et l'évidence d'un système de géométrie, que de même que la géométrie moderne repose encore sur les principes formulés par Euclide, de même, dans tous les temps, dans tous les pays, le droit de tous les peuples civilisés ne pourrait être que le développement normal et rationnel des principes immortels et définitifs formulés dans ces textes. » (*Les transformations générales du droit privé*, p. 5). L'auteur ne se doutait pas, apparemment, qu'il ne faisait, sur ce point comme sur un autre (sa théorie du droit fonctionnel dont nous parlerons), que continuer un mouvement dont Portalis avait été l'initiateur.

(2) Pour les détails, voir le chapitre premier de la 2^e partie.

V

Pour récapituler utilement ces paragraphes, tirons de la pensée de Portalis ce qui concerne spécialement la jurisprudence, au sens moderne de *pratique judiciaire*, et voyons quel fut le rôle que prévut et prépara pour elle le Code civil. — Celui-ci, dans le texte le plus général que nous allons transcrire, reconnaît d'abord la *nécessité* de son existence, puis lui assigne *trois objets* que nous reprendrons, tout en conservant soigneusement et expressément la *suprématie du législateur*. Voici ce passage célèbre du *Discours préliminaire* :

« Il faut que le législateur veille sur la jurisprudence : il peut être éclairé par elle, et il peut, de son côté, la corriger; mais il faut qu'il y en ait une. Dans cette immensité d'objets divers qui composent les matières civiles, et dont le jugement, dans le plus grand nombre de cas, est moins l'application d'un texte précis, que la combinaison de plusieurs textes qui conduisent à la décision bien plus qu'ils ne la renferment, on ne peut pas plus se passer de jurisprudence que de lois. Or, c'est à la jurisprudence que nous abandonnons les cas rares et extraordinaires qui ne sauraient entrer dans le plan d'une législation raisonnable, les détails trop variables et trop contentieux qui ne doivent point occuper le législateur, et tous les objets que l'on s'efforcerait inutilement de prévoir, ou qu'une prévoyance précipitée ne pourrait définir sans danger. C'est à l'expérience à combler successivement les vides que nous laissons. Les codes des peuples *se font avec le temps*; mais, à proprement parler, *on ne les fait pas* ».

Le but *pratique* de la jurisprudence est de *terminer les contestations* : « On est forcé de prononcer, lit-on dans le *Discours préliminaire*; de quelque manière que ce soit, il faut terminer le litige. Si les parties ne peuvent pas s'accorder elles-mêmes, que fait alors l'Etat ? dans l'impossibilité de leur donner des lois sur tous les objets, il leur offre, dans le magistrat public, un arbitre éclairé et impartial dont la décision les empêche d'en venir aux mains, et leur est certainement plus profitable qu'un litige prolongé, dont elles ne pourraient prévoir ni les suites ni le terme. L'arbitraire apparent de l'équité vaut encore mieux que le tumulte des passions ». C'est pourquoi l'art. 4 du C. civ. porte : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

Le développement de la loi par la jurisprudence, *en extension*, consiste dans l'application de cette loi aux cas particuliers et concrets. Or, nous avons vu que quand le texte légal n'est pas assez clair pour *imposer* une solution d'espèce, le juge doit s'inspirer de *l'esprit* de la loi, par un retour à *l'intention* législative qui vaut,

elle, dans toutes les situations, et qui était elle-même puisée, dans le *droit naturel*. Le juge a donc le droit, indépendamment de la *lettre* du texte légal, par hypothèse accusé d'obscurité, de s'inspirer de l'*équité universelle*, en allant rechercher, derrière son *expression*, plus ou moins contingente, l'*esprit* général du législateur.

Le développement de la loi par la jurisprudence, *en projection*, autorise de sa part une *sorte de création* dont nous allons examiner les limites. Si ce pouvoir ne fut pas remarqué des tribunaux de la première moitié du XIX^e siècle, cela n'a rien d'extraordinaire, puisqu'il s'agissait de l'adaptation des lois aux *faits nouveaux*, et que ceux-ci ne pouvaient intervenir qu'après écoulement d'un certain laps de temps. La jurisprudence moderne peut donc négliger la servitude routinière, et s'autoriser de Portalis dans son bienfaisant essor. On a cherché cependant à *justifier* ce pouvoir motivé, prévu et permis qui, à ses premières manifestations, parut exorbitant, mais qui bientôt, sous l'influence des théories émises pour l'expliquer, fut jugé insuffisant.

Si la jurisprudence moderne peut élaborer des règles nouvelles, a-t-on dit, c'est qu'elle prend les allures d'une *coutume* : à ce titre, elle peut figurer comme une source régulière du droit. La coutume peut être définie un usage suivi avec le sentiment qu'il est obligatoire¹. Il est vrai de dire que le juge, à défaut de texte précis, constate parfois la coutume. Mais c'est justement quand il n'aperçoit pas distinctement un usage constant et une *opinio necessitatis* générale et certaine, qu'il est obligé, pour en finir, de *créer*. A ce moment, car là est la question, peut-on assimiler la jurisprudence à une coutume ?

Un texte de Portalis pourrait le faire croire, car il y met sur le même plan : coutume et décisions jurisprudentielles : « Mais à défaut de texte précis sur chaque matière, un usage ancien, constant et bien établi; une suite non interrompue de décisions semblables; une opinion ou une maxime reçue, tiennent lieu de loi ». Il ne faut cependant pas prendre à la lettre l'exposition de notre auteur qui veut surtout être élégante et littéraire, plutôt que scientifique. De plus, argument péremptoire, l'art. 5 du C. civ. stipule : « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ». Les tribunaux, statuant sur des espèces, ne peuvent s'engager pour l'avenir à maintenir leurs décisions. Or, une coutume devant formuler des règles de caractère obligatoire, la jurisprudence n'est pas une forme de la coutume.

Alors, allant plus loin, on a prétendu que la jurisprudence avait le droit de *rectifier* la loi elle-même. Sans doute, a-t-on dit, son interprétation doit respecter la *lettre* du texte. Mais, à cette

(1) Voir sur tous ces points les développements de M. P. ESMEIN, dans son *cours* cité, à partir de la page 13.

condition, elle peut choisir et organiser son application *d'après* les besoins du moment, et *contrairement* à la pensée du législateur. « Le juge... ne doit pas s'attarder à rechercher obstinément quelle a été il y a cent ans la pensée des auteurs du code en rédigeant tel ou tel article, il doit se demander ce qu'elle serait si le même article était aujourd'hui rédigé par eux, il doit se dire qu'en présence de tous les changements qui, depuis un siècle, se sont opérés dans les idées, dans les mœurs, dans les institutions, dans l'état économique et social de la France, la justice et la raison commandent d'adapter libéralement, humainement le texte aux réalités et aux exigences de la vie moderne¹ ».

L'idée est très belle et séduit immédiatement. Elle paraît généreuse, en autorisant une lutte sourde des mœurs contre les expressions d'une pensée révolue. Mais il faut considérer ses *conséquences*. Elle aboutit à l'*égalité*, comme sources de droit, de la loi et de la jurisprudence. Mais alors, si la jurisprudence a le pouvoir d'établir des règles *contre* la volonté du législateur, à quoi sert celui-ci ? Pourquoi s'évertue-t-on depuis des siècles à élaborer une constitution qui permette aux lois de répondre aux désirs et aux besoins des citoyens ? « La loi est l'expression de la volonté générale² », et on permettrait à quelques hommes, sous prétexte qu'ils sont chargés de rendre la justice et qu'il leur faut accommoder les textes existants, d'inventer des règles en concurrence avec celles émises conformément à la constitution ? D'ailleurs, cet empiètement du *judiciaire* sur le *législatif* serait contraire au principe de la séparation des pouvoirs. Enfin, argument pratique qui a son importance, quel frein rencontrerait la jurisprudence dans ses initiatives, si elle avait la possibilité de ne pas respecter l'*esprit* de l'intervention législative éventuelle ?

On en revient donc à la formule de Portalis « sous la surveillance du législateur », car c'est à celui-ci à faire son devoir, à remplacer ses ouvrages quand ils sont périmés³. La jurisprudence ne peut, quand ils existent manifestement, qu'en *tourner* l'application aux divers cas d'espèce, en les combinant avec d'autres règles admises, ou en se retrempant, comme l'explique Portalis, dans le sanctuaire séculaire de coutumes ou de maximes non explicitement abrogées par les textes légaux. C'est seulement dans les cas où il n'y a ni loi, ni coutume, que le juge peut vérita-

(1) BALLOT-BEAUPRÉ, *Le centenaire du code civil*, Paris 1904.

(2) « C'est à la loi seule que les hommes doivent la justice et la liberté. C'est cet organe salulaire de la volonté de tous qui rétablit dans le droit l'égalité naturelle entre les hommes, c'est cette voix céleste qui dicte à chaque citoyen les préceptes de la raison publique et lui apprend à agir selon les maximes de son propre jugement et à n'être pas en contradiction avec lui-même ». PORTALIS (trouvé dans ses papiers législatifs).

(3) C'est bien l'opinion de BERLIER, notamment, qui considère le législateur comme un *guide*, mais un guide prêt à *réprimer* les applications erronées, par une nouvelle intervention. « ...C'est en général un mode dangereux que de descendre dans trop de détails et d'espèces : ce qui est important, c'est que la règle soit assez clairement posée, pour que les juges y trouvent un guide sûr; ce n'est point là de l'arbitraire dès qu'il y a une règle dont la fausse application peut et doit être réprimée ». Locré, XIII, p. 169.

blement *créer*. Et c'est seulement quand il est autorisé à créer, qu'il est engagé à s'inspirer uniquement de l'*équité*, de *son* équité : « Quand on n'est dirigé par rien de ce qui est établi ou connu, quand il s'agit d'un fait absolument nouveau, on remonte aux principes du droit naturel ¹ ».

Si les magistrats peuvent créer, ce n'est pas en tant que magistrats, c'est *en tant qu'hommes*. Si bien que la jurisprudence n'est même pas une source de droit proprement dite. Son grand pouvoir, son *équitable* pouvoir résulte de la situation d'un homme, obligé de juger, devant la formule du législateur. Celui-ci est incontestablement le souverain, le maître. Il ne peut s'agir que d'une collaboration, d'une *complétude*. L'art du magistrat ne consiste pas à respecter la formule de la loi en négligeant son esprit, mais il doit être au contraire de *faire éclore* la loi en la *tirant* de sa formule, pour en faire une réalité qui aura été conforme à la pensée du législateur, puisque celui-ci a désiré que sa loi fût viable, qu'elle s'appliquât aux hommes de la vie, aux hommes successifs que le temps renouvelle, qu'elle se serrât tout près de leurs désirs, au point de devenir pour eux une sorte d'*habitude*. Comme le dit Portalis : « Il y a civilisation quand, au lieu de la force, ce sont les lois qui gouvernent à la manière des habitudes ² ».



(1) *Discours préliminaire*.

(2) *Papiers inédits*.

CHAPITRE DEUXIEME

LA PROPRIETE DU CODE CIVIL

« C'est moins la vérité ou la fausseté d'un dogme qui le rend utile aux hommes dans l'état civil, que l'usage ou l'abus que l'on en fait ».

MONTESQUIEU.

Portalis, terminant le *Discours préliminaire*, assigne le but suivant au Code civil : « ...et la nation française, qui a su conquérir la liberté par les armes, saura la conserver et l'affermir par les lois ». Or, Tronchet nous dit explicitement, au cours des délibérations du Conseil d'Etat : « Un Code civil est, d'après la constitution, la base sur laquelle doit reposer la liberté civile, individuelle, dont le droit de propriété est une des branches principales. — Le *droit de propriété* consiste dans la garantie que la loi donne à chaque individu, qu'il jouira de tous les droits que la loi générale assure et communique à tous les membres du corps social.¹ » Nous voudrions connaître d'abord les *racines* de cette conception de la *propriété-liberté individuelle protégée*, pour voir dans quelle mesure le Code civil a rejeté ou a consacré les théories qui l'avaient précédé. Nous étudierons ensuite les *fondements* qu'il assigne à la propriété, dont nous déduirons les *caractères* de celle-ci dans le Code civil. Puis nous énumérerons les *conséquences* du droit de propriété prévues par le législateur. Enfin nous serons amenés à *conclure* sur la position générale du Code civil relativement à la Révolution.

I

Pour bien comprendre la façon dont la propriété pouvait être conçue avant le Code civil, et avant la Révolution, il faut se retremper dans la question plus vaste, d'ordre plus spécialement philosophique de la *richesse*. En effet, la propriété paraît avoir toujours été aux yeux des hommes le *symbole* de la richesse : une personne qui a du bien ou des biens est considérée comme plus riche qu'une personne qui n'en a pas. Le problème du bien-

(1) Au Locré, t. 10, séance du 16 frimaire an X.

fondé de la richesse, qui a hanté, de tous temps, théologiens et moralistes, s'est posé particulièrement dès le milieu du XVIII^e siècle, où l'opinion générale, guidée par des penseurs militants, a voulu elle-même choisir sa solution. Deux écoles principalement se partagèrent alors les suffrages. La première en date fut celle des *Economistes*, apologistes de la richesse. La seconde, qu'on peut appeler celle des *moralistes*, avec Rousseau à leur tête, en fut le détracteur.

Pour les physiocrates, l'appropriation individuelle illimitée, consacrant l'inégalité naturelle, est la condition d'une production abondante générale, qui aboutit finalement au bien-être de tous : « Humainement parlant, le plus grand bonheur possible consiste dans la plus grande abondance possible d'objets propres à nos jouissances et dans la plus grande liberté possible d'en profiter ». Cette théorie eut la faveur du milieu du siècle. Mais bientôt, des préoccupations plus élevées que la jouissance matérielle du plus grand nombre de biens, intervinrent dans le débat. Comme disait Mably dans ses *Doutes* : « Ne transposons pas les choses : c'est la culture des hommes, c'est-à-dire ce sont les vertus sociales, qui serviront de base au bonheur de la société : voilà le premier objet de la politique ; nos champs viendront après ». Pour Rousseau et ses disciples, la propriété individuelle est précisément un artifice humain, source de corruption et d'esclavage.

Nous voyons que les deux systèmes veulent le bonheur des hommes et visent à l'utilité générale. Mais, pour le premier seulement, l'intérêt particulier coïncide avec l'intérêt général : « On s'est imaginé... que l'intérêt général demandait qu'on mît des bornes factices à la liberté, qu'on ne permît pas aux hommes de mettre à profit toutes les jouissances que leur droit de propriété pouvait leur procurer. Cette idée est d'autant plus mal combinée qu'elle met en opposition l'intérêt général avec les intérêts particuliers. Et qu'est-ce donc que l'intérêt général d'un corps, si ce n'est ce qui convient le mieux aux divers intérêts particuliers des membres qui le composent ? Comment peut-il se faire qu'un corps gagne quand ses membres perdent ?¹ ». C'est le contraire pour Rousseau, qui oppose violemment les deux intérêts, et remarque que « le tort fait au prochain est toujours plus lucratif que les services² ».

Cependant, la deuxième théorie devait peu à peu se transformer au contact de l'opportunité civile³. En ce qui concerne Montesquieu, par exemple, chez ses Troglodytes, la propriété individuelle n'existe pas ; ensuite il admet une propriété nivelée par l'Etat au nécessaire physique ; plus tard, il ne s'élève plus que contre les grands propriétaires. De même pour Rousseau, qui

(1) MERCIER DE LA RIVIÈRE, *ouvr. cité*, 1^{re} partie, chap. 5.

(2) *Discours sur l'inégalité*.

(3) Nous empruntons ce passage à ESPINAS, *ouvr. cité*, p. 111.

commence par les imprécations du *Discours sur l'inégalité* contre la propriété en général; dans le *Contrat social*, il veut seulement mettre des bornes à la richesse; enfin dans la *Constitution de la Corse*, il ne tient qu'à « subordonner au bien public la propriété individuelle » dont la destruction lui semble impossible. Encore même marche chez Mably, qui aboutit, pour en empêcher les excès, à « faire de la propriété la base de la société ». Les deux courants se rejoignent.

Nous voyons tous ces philosophes s'accorder sur deux points avant la Révolution. *a)* On désire supprimer les indigents, car on est unanime à reconnaître le droit de l'individu à la satisfaction de ses besoins primordiaux. *b)* On arrive de plus à faire généralement confiance à la propriété individuelle pour éloigner la pauvreté. On ne se divise que sur le choix du procédé. Les uns, préconisant la grande culture (les physiocrates), admettent l'inégalité sociale qui, par un rendement supérieur, relève indirectement le niveau des classes apparemment défavorisées. Les autres se montrent rigoureusement partisans de la plus grande égalité possible, par l'accession de tous à la propriété.

Voici comment la Révolution, qui fut faite pour répondre aux *désirs communs*, fut amenée invinciblement à placer la *propriété individuelle* au centre de sa réorganisation. Quant au choix qu'elle dut faire entre les deux formules qui lui étaient proposées, rappelons qu'elle s'éloigna unanimement du programme des physiocrates, et, gagnée par l'idéal d'égalité qu'ils avaient dédaigné, pencha vers l'égalité des fortunes en cherchant à constituer un Etat de petits propriétaires.

Nous devons négliger ici les conséquences prématurées que les assemblées tirèrent des deux principes admis, car elles n'eurent d'autres suites que la réaction qu'elles provoquèrent dans le Code civil. Il s'agit en premier lieu de la guerre implacable qui se livra bientôt aux riches : « Vous n'avez donc rien fait pour le bonheur public, s'écriait Robespierre dès la Constituante, si vos lois ne tendent à empêcher par des voies douces et efficaces l'extrême disproportion des fortunes ¹ ». En deuxième lieu, si « la propriété est un droit inviolable et sacré ² », elle doit l'être également pour tous, si bien que la logique parut demander, de la part d'un Etat, souverain répartiteur selon les exigences du droit individuel, le partage des terres, que les révolutionnaires et principalement Robespierre recherchèrent. Et des sages comme Tronchet, qui fut appelé par un vote exprès de la Constituante à donner son avis, expliquaient : « La nature a donné en commun la terre et ses dons à tous les hommes... Mais elle n'a donné à aucun homme tel ou tel domaine particulier ³ ».

(1) Discours du 5 avril 1791.

(2) *Déclaration des droits de l'homme*, article 17.

(3) Discussion de la loi des 8, 15 avril 1791, sur l'égalité des partages dans les successions ab intestat.

Laissant donc de côté les querelles comme les chimères, nous pouvons conclure que la propriété individuelle fut réclamée de la Révolution à titre de *richesse*. C'est cet aspect de la propriété qui *secoua* les masses populaires qui convoitaient la richesse et qui permit leur collaboration à la Révolution. Mais ce n'était pas son aspect essentiel, et on le vit bien, une fois la Révolution acquise. Le titre original de la propriété au XVIII^e siècle, est d'avoir été le symbole de la *liberté*. Ce mot couvre l'ensemble des doléances, et s'il fut moins *moteur* que l'aspiration désespérée à la richesse, il fut le véritable *objectif* de ceux qui, consciemment, *firent* la Révolution.

On avait assez des entraves et des contraintes que toute l'organisation de l'Ancien Régime faisait peser sur l'individu. Nous avons vu ¹ à quel point on sentait la rigidité métallique des innombrables réglementations apportées à la fabrication, aux échanges. On souffrait tout autant de la hiérarchie politique qui anihilait les efforts, et désola à la fin par ses résultats de famine. La féodalité sociale, qui ne se justifiait plus, et dont on avait oublié depuis longtemps les origines, indignait surtout. Le petit paysan qui a peiné toute sa vie sur la même terre ne comprend pas pourquoi, légalement, elle ne lui appartient pas, puisque lui seul s'en occupe, lui seul l'accompagne, lui seul l'aime. Pour répondre à tous ces désirs plus ou moins formulés, plus ou moins criés, on les confondit dans la *liberté*. Liberté individuelle, cela voulait dire la liberté politique, et la liberté de travailler, et la liberté de vendre, et la liberté de la circulation des biens, et la *propriété* au cultivateur.

Les physiocrates disaient que *propriété* et *liberté* « ne forment qu'une seule et même prérogative, qui change de nom selon la façon de l'envisager » et ils ajoutaient même que la propriété sert de *mesure* à la liberté, puisque « la mesure (de la liberté dont chaque homme doit jouir) est toujours évidente, disaient-ils; elle nous est naturellement donnée par le droit de propriété » ². La réalité aussi faisait entendre son opinion : « Dès le début de la Révolution, assure A. Sorel, dès qu'il fut question de rédiger le Code civil, ces deux idées ne se séparèrent jamais, liberté civile et propriété... Propriété est, pour le paysan et pour le non-noble de l'Ancien Régime, le synonyme de liberté » ³.

La Révolution envisagea la liberté abstraite qu'elle avait conquise sous deux formes principalement : la forme économique, la forme juridique. Par la première, elle s'opposa à la *réglementation* de l'Ancien Régime. Par la deuxième, elle s'opposa à la *féodalité*. Les applications anti-réglementaires eurent lieu dans le *domaine des contrats* et furent de deux sortes : a) dans la conclusion des contrats : suppression des entraves (loi Le Chapelier) et des for-

(1) Chapitre intitulé *la Tempête révolutionnaire*, section I.

(2) MERCIER DE LA RIVIÈRE, *ouvr. cité*, 1^{re} partie, chap. 5.

(3) *Le Livre du Centenaire*, t. I, p. XXXI.

malités (liberté contractuelle); b) dans la circulation des biens : suppression des barrières entre les provinces, unité nationale. Les applications anti-féodales d'ordre civil se ramènent précisément à la *liberté de la propriété*, qu'on veut donc *détacher* de la souveraineté politique. Il ne s'agissait pas, en effet, d'établir la propriété individuelle : celle-ci existait aussi de par la féodalité qui en avait été comme l'exagération. Mais, considérant la propriété, non plus du côté de celui qui, par un droit infini, la *retenait* encore, mais du côté du vassal qui en avait les charges et les apparences, la Révolution soutint les réclamations du deuxième contre les anciens droits du premier qui n'étaient plus que servitude inique, et elle proclama la *libération juridique de la propriété*, comme elle proclamait la *libération politique de la personne*.

Et justement « c'est la personnalité humaine qui s'affirme dans le droit de propriété » (Accarias). Comme disait aussi Ahrens : « De la personnalité, de l'être *pour soi*, découle l'*avoir pour soi*, ou la propriété individuelle privée. Celle-ci est ainsi la manifestation et en quelque sorte la projection de la personnalité humaine dans le domaine matériel des choses. La propriété a donc sa raison d'existence dans la personnalité » ¹. C'est ainsi que les révolutionnaires ont considéré la liaison entre liberté et propriété, comme une affirmation d'*individualisme*, auquel les portait toute une évolution commencée depuis des siècles, liaison et affirmation que reprirent exactement les auteurs du Code civil, nous l'avons vu et le verrons. Nous retombons sur notre point de départ ².

Mais, pour faire triompher cette liberté, dont la propriété était en quelque sorte la *preuve* et la *mesure*, quel moyen avait-on utilisé ? On s'était servi, sans bien se l'avouer, de l'invocation facile au *droit naturel*. Pourtant, nous avons présenté une citation de Robespierre et même une de Tronchet à la Constituante qui disaient le contraire, auxquelles on peut ajouter cette phrase de Mirabeau à la même assemblée : « Une propriété particulière est un bien acquis en vertu des lois. La loi seule constitue la propriété, parce qu'il n'y a que la volonté politique qui puisse opérer la renonciation de tous et donner un titre commun, une garantie de jouissance d'un seul ». Cependant, il est certain que ce n'est pas le courant qui a triomphé ³.

En effet, la conception de Robespierre, par exemple, confiant toutes les propriétés individuelles à l'Etat-répartiteur, était bien près de se tourner contre elles. Le langage de Mirabeau, d'un autre côté, sentait trop son Rousseau, dont les chimères avaient déjà fait faillite. Il n'y avait en réalité qu'une manière d'aboutir pour la propriété, celle qui découlait d'ailleurs logiquement de sa confu-

(1) Voir à ce sujet, RIPERT, *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, Thèse Aix, 1902, à partir de la page 125.

(2) Voir *supra* p. 263. C'est la *propriété-liberté* qui a donné naissance à la théorie classique du patrimoine « émanation de la personnalité ». (AUBRY et RAU).

(3) Voir RIPERT, *ouvr. cité*, p. 289.

sion admise avec la liberté, celle qui avait permis le progrès de tous les autres projets de réforme : faire de la propriété un droit naturel. C'est pourquoi la *Déclaration des droits de l'homme* porte en son article 2 : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont : la liberté, la propriété ». *Droit naturel*, voici le troisième aspect de cette propriété libre et individuelle, qui fut vraiment le pivot de l'édifice révolutionnaire.

Le Code civil, mis en face de ces trois aspects de la propriété : richesse, liberté, droit naturel, n'eut plus besoin de faire fond sur le premier. La Révolution étant faite, ceux au profit de qui elle avait abouti ne pensèrent plus qu'à stabiliser leur propre situation, en se détachant des pensées égalitaires et humanitaires qui avaient cependant *permis* leur établissement dans la propriété. On clôtura le champ, et on oublia ceux qui n'avaient pas eu leur part de la manne pour laquelle tous avaient combattu. Mais les deux autres aspects subsistèrent dans le Code civil. On continua à proclamer la propriété une *liberté*, comme manifeste d'individualisme. On la fonda aussi sur le *droit naturel*, comme une dernière justification qu'on croyait avoir encore besoin de présenter. « On voulut l'ériger en dogme intangible, dit M. Ripert, et mettre au-dessus de toute atteinte cette propriété libre, conquête de la Révolution ».

II

Le Code civil fit de la propriété une *synthèse*, qu'il assit sur trois *bases* qui étaient en même temps des *fins* qu'on lui assignait. On pourrait, pour les réunir, employer le terme équivoque de *causes*. Celles-ci sont, suivant la terminologie du temps : le *droit naturel*, le *droit civil*, le *droit politique*. Chacune eut son mot à dire et Portalis les soutint également toutes trois, car elles représentaient des préoccupations d'intérêt essentiel, quoique d'ordre différent. Avant d'examiner les conceptions *adoptées*, suivons Portalis qui, énumérant celles qu'il *rejette*, dégage nettement le principe de la propriété individuelle.

Il s'oppose d'abord aux écrivains qui supposent à l'origine de toute civilisation la communauté des biens : « Méfions-nous, dit-il, des systèmes dans lesquels on ne semble faire de la terre la propriété commune de tous que pour se ménager le prétexte de ne respecter les droits de personne »¹. Il répond ensuite au Rousseau du *Discours sur l'inégalité* : « Ceux-là connaissent bien mal le cœur humain, qui regardent la division des patrimoines, comme la source des querelles, des inégalités et des injustices qui ont affligé l'humanité. On fait honneur à l'homme qui erre dans les bois et sans propriété, de vivre dégagé de toutes les ambitions qui tour-

(1) *Exposé des motifs du titre de la propriété.*

mentent nos petites âmes. N'imaginons pas pour cela qu'il soit sage et modéré : il n'est qu'indolent. Il a peu de désirs, parce qu'il a peu de connaissances. Il ne prévoit rien, et c'est son insensibilité même sur l'avenir qui le rend plus terrible, quand il est vivement secoué par l'impulsion et la présence du besoin. Il veut alors obtenir par la force ce qu'il a dédaigné de se procurer par le travail : il devient injuste et cruel. — D'ailleurs, c'est une erreur de penser que des peuples, chez qui les propriétés ne seraient point divisées, n'auraient aucune occasion de querelles. Ces peuples ne se disputeraient-ils pas la terre vague et inculte, comme parmi nous les citoyens plaident pour leurs héritages ?... Ce n'est pas non plus au droit de propriété qu'il faut attribuer l'origine de l'inégalité parmi les hommes. — Les hommes ne naissent égaux ni en taille, ni en force, etc...¹ » Enfin il discute l'opinion de ceux qui voudraient attribuer à l'État un domaine éminent : « L'empire, qui est la part du souverain, ne renferme aucune idée de domaine proprement dit... Quand le législateur publie des règlements sur les propriétés particulières, il n'intervient pas comme maître, mais uniquement comme arbitre, comme régulateur, pour le maintien du bon ordre et de la paix »².

L'E. des m. du titre de la propriété débute ainsi : « L'homme, en naissant, n'apporte que des besoins; il est chargé du soin de sa conservation; il ne saurait exister ni vivre sans consommer : il a donc un droit naturel aux choses nécessaires à sa subsistance et à son entretien. — Il exerce ce droit par l'occupation, par le travail, par l'application raisonnable et juste de ses facultés et de ses forces. — Ainsi le besoin et l'industrie sont les deux principes créateurs de la propriété ». C'est là un texte d'ordre général, qui a besoin de commentaires³.

Suivant Portalis, la propriété individuelle est donc d'abord exigée par le *droit naturel* : « Si nous découvrons le berceau des nations, nous demeurerons convaincus qu'il y a des propriétaires depuis qu'il y a des hommes. Le sauvage n'est-il pas maître des fruits qu'il a cueillis pour sa nourriture, de la fourrure et du feuillage dont il se couvre pour se prémunir contre les injures de l'air, de l'arme qu'il porte pour sa défense, et de l'espace dans lequel il construit sa modeste chaumière ? On trouve, dans tous les temps et partout, des traces du droit individuel de propriété. L'exercice

(1) *Ibid.*

(2) *Ibid.*

(3) Nous ne parlerons pas spécialement du rôle, d'ailleurs bien confus chez Portalis, de l'*occupation* et du *travail* dans la propriété. Les autres rédacteurs ne s'expliquent pas mieux. Voulait-on parler de l'*origine historique* du droit, ou en présentait-on une *justification rationnelle* ? La question n'a d'ailleurs pas eu d'influence sur la position législative. Il est cependant intéressant de noter en passant que Portalis dit : il *exerce* ce droit par..., ce qui semble indiquer que le droit de propriété doit *préexister* aux faits d'occupation et de travail, qui sont mis sur le même plan que l'*application* des facultés de l'homme. Ceci signifie-t-il dans l'esprit de Portalis (contrairement à la théorie qu'on attribue généralement au Code civil) que l'occupation, le travail ne peuvent désigner la propriété que si la loi positive a préalablement admis la propriété ?

de ce droit, comme celui de tous nos autres droits naturels, s'est étendu et s'est perfectionné par la raison, par l'expérience et par nos découvertes en tout genre. Mais le principe du droit est en nous; il n'est point le résultat d'une convention humaine ou d'une loi positive; il est dans la constitution même de notre être, et dans nos différentes relations avec les objets qui nous environnent » ¹.

Cela est vrai, ajoute Portalis, au point que le droit féodal lui-même n'a pu rejeter complètement la propriété individuelle : « Lors de l'étrange révolution qui fut opérée par l'établissement du régime féodal, toutes les idées sur le droit de propriété furent dénaturées... Cependant, à travers toutes ces règles, quelques étincelles de raison qui s'échappaient, laissaient toujours entrevoir les vérités sacrées qui doivent régir l'ordre social. — Dans les contrées où les lois féodales dominaient le plus, on a constamment reconnu des biens libres et allodiaux » ².

Et pourquoi est-elle à ce point indéracinable du cœur humain ? parce que sa nécessité prend sa source dans les *besoins* de l'homme : « L'homme naît avec des besoins; il faut qu'il puisse se nourrir et se vêtir : il a donc droit aux choses nécessaires à sa subsistance et à son entretien. Voilà l'origine du droit de propriété » ³. Il est facile de comparer cette opinion avec celle des physiocrates qui pensaient « qu'un homme n'apporte dans le monde que des besoins; qu'il doit y trouver les choses nécessaires à sa subsistance, et qu'il ne peut pas exister sans consommer... » ⁴. Mais l'usage par Portalis du mot « droit », qui est très fort, pour exprimer la liaison des objets d'appropriation aux besoins des hommes, peut justifier et a d'ailleurs justifié en fait bien autre chose que la propriété individuelle. Le « droit à la propriété » peut devenir le « droit à la satisfaction des besoins ». Ce peut être par l'intermédiaire de la propriété individuelle dont l'Etat serait le régulateur, comme l'ont pensé maints révolutionnaires; ce peut être aussi dans le sens où l'entend le communisme, d'obligation pour l'Etat de satisfaire les besoins de l'homme. Pecqueur retournait déjà contre la propriété l'argument des besoins à satisfaire quand il disait : « On manque de la liberté quand on sent un besoin dont la satisfaction est licite moralement et socialement, qui ne nuit injustement à personne et qui trouve obstacle dans les institutions ou dans la volonté égoïste d'une classe ou d'un parti ».

(1) *Ibid.* Dans son grand ouvrage, Portalis employait les mêmes formules « Le principe du droit est en nous », etc., qu'il complétait ainsi : « ...il se confond avec l'obligation même qui nous a été imposée de pourvoir à notre subsistance. La faculté d'acquiescer naît du précepte formel que le créateur nous a fait de travailler. Le consentement des autres n'est donc pas requis pour nous autoriser à remplir les devoirs attachés à notre destination naturelle » (II, p. 290).

(2) *Ibid.*

(3) *Discours préliminaire.* Il ajoute dans l'*Exposé des motifs du titre de la propriété* : « La nécessité constitue un véritable droit; or, c'est la nécessité même, c'est-à-dire la plus impérieuse de toutes les lois, qui nous commande l'usage des choses sans lesquelles il nous serait impossible de subsister ». Avec un mauvais esprit, on peut en tirer directement le droit au vol !

(4) MERCIER DE LA RIVIÈRE, *ouvr. cité*, 1^{re} partie, chap. 4.

Nous voyons donc Portalis puiser dans le droit naturel deux fondements de la propriété : a) le fondement *historique* : l'invocation à *tous les temps*; b) le fondement *rationnel* : l'homme a *droit* à la satisfaction de ses besoins (sur l'étendue desquels il ne nous donne d'ailleurs pas plus de précision que les auteurs du XVIII^e siècle). Avec le *droit civil*, au sens où l'entendait notre auteur, par opposition à « naturel » et à « politique », s'introduit l'*intérêt général*, l'*utilité sociale*. Or, en ce qui concerne la propriété, l'intérêt général confirme les intérêts particuliers ou de droit naturel, comme nous le voyons dans la suite du passage cité du *Discours préliminaire* : « Personne n'aurait planté, semé ni bâti, si les domaines n'avaient été séparés, et si chaque individu n'eût été assuré de posséder paisiblement son domaine ».

Portalis avait déjà remarqué, au Conseil des Anciens : « Quand on divise la terre par la pensée, dit un auteur célèbre, on est étonné de rencontrer souvent des déserts dans les parties les plus fertiles et de voir de grands peuples dans celles où la nature semble refuser tout », on demeure convaincu que les plus belles contrées ont été créées par les hommes... C'est quand on a garanti la propriété des immeubles que les terres ont été cultivées; c'est quand on a reconnu les droits attachés au travail, aux découvertes et à l'industrie, qu'une nation est devenue industrieuse... Il a été publiquement reconnu que jamais le canal n'a été mieux conduit et plus sagement administré, que tant qu'il l'a été par des propriétaires qui régissaient cet établissement public, avec toute l'énergie de l'intérêt personnel » ¹.

C'est bien l'intérêt social qui exige l'établissement de la propriété individuelle, qui est elle-même la source de l'industrie humaine : « Quelques philosophes paraissent étonnés que l'homme puisse devenir propriétaire d'une portion du sol qui n'est pas son ouvrage, qui doit durer plus que lui, et qui n'est soumise qu'à des lois que l'homme n'a point faites. Mais cet étonnement ne cesse-t-il pas, si l'on considère tous les prodiges de la main-d'œuvre, c'est-à-dire tout ce que l'industrie de l'homme peut ajouter à l'ouvrage de la nature ?... A côté de nous, un peuple industrieux, aujourd'hui notre allié, a fait sortir du sein des eaux la terre sur laquelle il s'est établi, et qui est entièrement l'ouvrage des hommes. — En un mot, c'est la propriété qui a fondé les sociétés humaines. C'est elle qui a vivifié, étendu, agrandi notre propre existence. C'est par elle que l'industrie de l'homme, cet esprit de mouvement et de vie qui anime tout, a été portée sur les eaux et a fait éclore sous les divers climats tous les germes de richesse et de puissance » ².

D'après ce texte, il semble bien que la richesse soit une des conquêtes les plus appréciables permises par la propriété. Por-

(1) *Rapport sur le Canal du Midi.*

(2) *E. des m. du titre de la propriété.*

talis adopte ici la théorie physiocratique de la collaboration de l'intérêt particulier et de l'intérêt général. La richesse obtenue par l'industrie d'un individu étant indirectement favorable à la progression de tous, le droit positif se doit de ratifier le droit naturel de propriété. Celui-ci d'ailleurs amène aux sociétés plus que la richesse et la puissance, mais le *bonheur* même : « Chez tous les peuples policés, on a pensé que la division des propriétés est nécessaire à la subsistance, à la paix, au bonheur des hommes » ¹.

C'est alors qu'un autre intérêt vient plaider à son tour la propriété individuelle : c'est le *droit politique*, qui se conduit surtout, dit Portalis, par la *raison d'Etat*. Celle-ci devant être émise par la voix du pouvoir, c'est Napoléon que nous écoutons : « Le Premier Consul est de l'avis de M. Treillhard sur la nécessité de multiplier les propriétaires, qui sont les plus fermes appuis de la sûreté et de la tranquillité des Etats » ². Et Portalis renchérit quand il parle des « hommes dont les possessions garantissent la fidélité » ³. Or, « le Code civil est sous la tutelle des lois politiques; il doit leur être assorti » ⁴.

Voici la conclusion du discours de Portalis, qui réunit les bienfaits apportés et escomptés par la propriété : « C'est à leur respect pour la propriété que les nations modernes sont redevables de cet esprit de justice et de liberté, qui, dans les temps de barbarie, sut les défendre contre les violences et les entreprises du plus fort... Ce principe est comme l'âme universelle de la législation... Aussi avez-vous vu le génie qui gouverne la France établir sur la propriété les fondements inébranlables de la république... Il s'agit pour ainsi dire de lier la stabilité de la patrie à la stabilité même du territoire. On ne peut aimer sa patrie sans aimer les lois qui la protègent. En consacrant des maximes favorables à la propriété, vous aurez inspiré l'amour des lois; vous n'aurez pas travaillé seulement au bonheur des individus, à celui des familles particulières, vous aurez créé un esprit public, vous aurez ouvert les véritables sources de la prospérité générale, vous aurez préparé le bonheur de tous ».

L'intérêt social, fourni d'une part par l'industrie humaine, est mis d'autre part au service des intérêts individuels : la nécessité du bonheur de tous est proclamée par la raison d'Etat, qui est elle-même sa condition d'établissement, puisque c'est elle qui « déclare » les lois qui vont garder les hommes. Or, le droit de propriété est le « droit fondamental sur lequel toutes les institutions sociales reposent, et qui, pour chaque individu, est aussi précieux que la vie même, puisqu'il lui assure les moyens de la

(1) *Rapport* sur le Canal du Midi.

(2) Locré, t. 11, p. 99.

(3) *E. des m. du titre de la propriété*.

(4) *Discours préliminaire*.

conserver ». Le droit de propriété étant appelé à la fois par les trois « causes » qui, plus ou moins, *nécessitent la législation positive*, celle-ci se trouve dans l'obligation de le consacrer. C'est exactement ce que les auteurs du Code civil avaient voulu démontrer.

III

Le droit positif, en l'espèce le Code civil, fut donc obligé de faire une place de premier plan à la propriété. Il lui attribua des *caractères* qui découlent fidèlement des causes naturelles, « civiles » c'est-à-dire sociales, et politiques qui l'avaient fait admettre. Son caractère général, celui qui ne subit aucune atteinte dans le Code civil, est d'être *individuelle* : aussi nous n'en parlerons pas ici, puisque le mot « propriété » seul, signifiait à l'époque « propriété individuelle » dans toutes les revendications comme dans toutes les acquisitions. Nous insisterons sur les trois points suivants : Du fondement de *droit naturel*, découlent deux caractères : a) *l'inviolabilité* du droit; b) son *absolutisme*. Du fondement de *droit civil* découlent des rudiments, ou plutôt des ébauches de *limitation*. Du fondement de *droit politique* découle le caractère *foncier* de la propriété dont s'occupe principalement le Code civil.

« Citoyens législateurs, la loi reconnaît que la propriété est le droit de jouir et de disposer de son bien de la manière la plus absolue, et que ce droit est sacré dans la personne du moindre particulier¹ ». La liberté individuelle étant un droit naturel au même titre que la propriété individuelle, dans les esprits de l'époque la liaison s'était faite entre les deux droits, liaison que nous avons rappelée en commençant ce chapitre par une citation où l'assimilation est formelle. La propriété était conçue comme le prolongement naturel de la personne. Ce titre de manifestation de liberté s'ajoute à celui de droit naturel pour justifier les deux caractères que nous venons d'indiquer.

L'inviolabilité de la propriété individuelle ne fait aucun doute. Portalis nous dit : « On a toujours tenu pour maxime que les domaines des particuliers sont des propriétés sacrées qui doivent être respectées par le souverain lui-même² ». Le grand Napoléon avoue à sa suite : « La propriété, c'est l'inviolabilité dans la personne de celui qui la possède : moi-même, avec les nombreuses armées qui sont à ma disposition, je ne pourrais m'emparer d'un champ, car violer le droit de propriété d'un seul, c'est le violer dans tous³ ». Non seulement la propriété doit être respectée,

(1) *E. des m. du titre de la propriété.*

(2) *E. des m. du titre de la propriété.*

(3) Loaré, t. IV, p. 235.

mais elle a besoin d'être protégée par l'Etat : « Dans l'état social, le droit de propriété est le plus sacré de tous les droits. Il a besoin d'une protection spéciale, parce que, sans le secours et l'appui des lois, il est plus difficile à un citoyen de défendre ses biens que sa personne. De là on tient pour maxime dans un Etat sagement ordonné, que la propriété du moindre citoyen doit être inébranlable comme la constitution même de l'Etat » ¹.

La protection de l'Etat joue donc en ce qui concerne l'*étendue* du droit de propriété; est-elle prévue également pour ce qui est de son *intensité* ? On l'a cru pendant longtemps. Mais ce sont les commentateurs qui l'ont affirmé ². Le législateur de 1804 dit bien que le droit du propriétaire de jouir et de disposer de sa chose est *absolu*; mais il ne s'engage pas lui-même à protéger, ni même à respecter tout acte quelconque, par le seul fait qu'il émane d'un propriétaire et qu'il concerne son bien. Il nous dit bien au contraire, par l'organe de Portalis : « Il est d'une législation bien ordonnée de régler l'exercice du droit de propriété comme on règle l'exercice de tous les autres droits » ³.

« Régler l'exercice du droit de propriété », qu'est-ce, sinon tendre à en éliminer l'abus ? La théorie de l'*abus du droit* a été fort sagement élaborée devant les cas pratiques où les articles du Code se révélaient insuffisants et inadaptés. On a cru combattre le Code civil, quand on ne faisait que compléter sa pensée, en comblant une lacune de ses textes. Cette application d'une théorie apparemment extra-légale est un des cas où la jurisprudence n'a fait que son devoir, le devoir qui lui était assigné par le législateur de 1804, celui de parer aux dangers nouvellement aperçus et de se replonger dans « *l'esprit de la loi, quand la lettre tue* ».

En effet, il n'y a aucun doute pour nous que « jouissance absolue ou disposition absolue du droit de propriété » ne signifiaient pas pour Portalis « abus autorisé du droit de propriété » ⁴. Le terme « absolu » s'opposait aux innombrables restrictions, entraves et charges de l'Ancien Régime. Car on était surtout porté à bien « liquider » le régime féodal, et à scruter à la loupe les interstices légales par où il pourrait reparaître dans l'avenir. Ce sont ces visées qui semblaient protégées par le terme exagéré, mais frappant, d'« absolu » qui servait d'épouvantail.

D'ailleurs n'est-il pas paradoxal, pour nous qui connaissons le caractère de Portalis, lequel en cette matière a eu une influence de premier plan, ayant déjà eu l'occasion de développer au Conseil des Anciens tous les principes consacrés par le Code civil,

(1) *Rapport* sur le Canal du Midi.

(2) Entre eux et le Code civil, il y avait eu une réaction politique.

(3) *E. des m. du titre de la propriété*.

(4) D'ailleurs, chez les Romains eux-mêmes, le terme « abus » ne désignait que la consommation de la chose.

n'est-il pas paradoxal de lui attribuer une intention réellement absolue en quoi que ce soit ? Son esprit modéré et modérateur, par système pourrions-nous dire, ne pouvait admettre l'absolu : c'était la souplesse et la finesse elles-mêmes ; il n'aurait pu permettre un excès ou un abus, sans se sentir en contradiction avec sa règle générale de vie, dont son grand ouvrage avait été le manifeste¹, dont toutes ses paroles étaient l'écho, et qui s'exprimait par cette maxime : « L'esprit de modération est le véritable esprit du législateur... le bien politique, comme le bien moral, se trouve toujours entre deux limites² ». N'aurait-il « dévié de ses principes » que sur le sujet de la propriété ?

C'est donc que, pour lui, le mot « absolu » accompagnant « propriété » ne signifiait pas ce que nous entendons aujourd'hui. Ce sont les jurisconsultes du XIX^e siècle qui ont forgé le nouveau sens, alors que l'ancien avait terminé son rôle de transition. C'est alors seulement qu'on a dit que « le droit de propriété peut exister abstraction faite de tous les hommes hors le propriétaire », qu'« il est de sa nature un droit exclusif et absolu », « qui est en lui-même illimité » et parfait³. En avançant de telles propositions, on n'avait même pas continué, on avait déformé la théorie du Code civil.

Voici d'ailleurs ce que nous dit Portalis : « Les citoyens sont libres sans être indépendants, parce qu'ils sont soumis à des lois qui les protègent contre les autres et contre eux-mêmes. — La vraie liberté consiste dans une sage composition des droits et des pouvoirs individuels avec le bien commun. Quand chacun peut faire ce qui lui plaît, il peut faire ce qui nuit à autrui ; il peut faire ce qui nuit au plus grand nombre. La licence de chaque particulier opérerait infailliblement le malheur de tous. — Il faut donc des lois pour diriger les actions relatives à l'usage des biens, comme il en est pour diriger celles qui sont relatives à l'usage des facultés personnelles. — On doit être libre avec les lois, et jamais contre elles. De là, en reconnaissant dans le propriétaire le droit de jouir et de disposer de sa propriété de la manière la plus absolue, nous avons ajouté : « Pourvu qu'il n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements »⁴.

Nous comprenons bien maintenant, en quoi consiste la *liberté naturelle* du propriétaire ; elle doit entrer en composition avec le *bien commun*. Ici intervient donc nettement la conséquence du fait que le droit de propriété est soutenu par le « droit civil ». L'intérêt général vient limiter l'absolu individuel, ou plutôt il veut l'*orienter* vers le bonheur de tous. Sur le rôle de l'Etat, qui

(1) Il était intitulé, remarquons le : *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique*.

(2) *Discours de présentation du Code civil*.

(3) Voir G. RIPERT, *ouvr. cité*, p. 126.

(4) *E. des m. du titre de la propriété*.

est chargé constitutionnellement de représenter le bien général, Portalis nous explique : « C'est... comme administrateur suprême de l'intérêt public que le souverain fait des lois civiles pour régler l'usage des propriétés privées... Quand le législateur publie des règlements sur les propriétés particulières, il n'intervient pas comme maître, mais uniquement comme arbitre, comme régulateur, pour le maintien du bon ordre et de la paix » ¹.

On concevait donc très bien au moment du Code civil qu'il fallait autre chose qu'une accumulation de préoccupations personnelles, qu'une juxtaposition de propriétés individuelles, pour fonder l'ordre et maintenir la paix. L'Etat était là pour administrer cette coexistence, c'est-à-dire pour l'organiser, en limitant *intrinsèquement* le droit de chacun sur sa propre chose. Mais on était gêné pour exprimer ce concours de l'Etat dans les intérêts individuels, car il ne fallait pas avoir l'air de partager l'opinion révolutionnaire qui donnait au législateur la main-mise sur les propriétés individuelles. On était astreint, pour réagir ouvertement contre la forme d'étatisme que la Révolution avait semblé admettre, à se pencher avec plus de sollicitude du côté des particuliers. Mais l'intention était *intermédiaire*.

Cette *organisation* des propriétés individuelles par des lois et règlements ne devait toucher en rien le droit, nommé par un abus de langage, « absolu » du propriétaire, puisqu'en aucun cas, elle ne ferait revivre les servitudes personnelles, les sujétions et autres entreprises féodales. En effet, comme nous l'avons dit, c'est surtout contre ce retour abhorré que légiféraient les rédacteurs du Code civil, qui étaient hantés par l'idée de chasser définitivement le fantôme du droit féodal. Pour ce qui était proprement de l'*aménagement* des droits individuels, le Code civil n'a pas songé à poser autre chose qu'un *principe* d'intervention publique et législative. Il n'en a pas senti la nécessité, parce qu'il n'avait pas encore l'expérience de la chose : On ne pouvait avoir à cette époque aucune idée des difficultés et des inconvénients qui allaient surgir. Mais il en avait cependant prévu l'arrivée nécessaire en attribuant un grand rôle à l'Etat. C'était aux lois et aux règlements *à venir* surtout, qu'on confiait le soin de « désabsoluter » en fait le droit de propriété.

Le Code civil n'a donc pas envisagé que le côté « naturel » de la propriété, c'est-à-dire le *droit*. Il n'a pas voulu permettre le « propriétaire tyran ». « Il n'y a point de droits sans devoirs, et point de devoirs sans droits ² », avaient dit depuis longtemps les physiocrates, qui étaient pourtant les champions les plus intransigeants de la liberté du propriétaire. Le Code civil n'a pas été plus loin qu'eux. Portalis exprimait très bien son opinion génè-

(1) *Ibid.*

(2) MERCIER DE LA RIVIÈRE, *ouvr. cité*, première partie, 2^e chapitre.

rale au Conseil des Anciens : « ...La manière dont on peut jouir d'un objet est incontestablement subordonnée à la destination et à la qualité de cet objet¹ ». N'est-ce pas avouer explicitement que la jouissance du propriétaire est *subordonnée* à l'utilité générale de son bien ? « Tout cela, ajoute Portalis, ne prouve rien sur le fond du droit de propriété; et cela prouve seulement qu'il est des propriétés plus ou moins libres, plus ou moins disponibles ». C'est présenter la théorie considérée comme moderne de la *propriété fonction*.

Nous avons vu, en étudiant le côté civil, c'est-à-dire social, de la propriété, que celle-ci est conçue par Portalis comme profitable à la société entière, parce qu'elle est un facteur de la richesse commune. Le concours des personnes affermit l'intérêt de tous. L'industrie individuelle a le meilleur rendement; elle conduit au bonheur général, et c'est pourquoi Portalis lui faisait confiance. Mais si un propriétaire ne veut pas, par une conduite mesurée dans la jouissance de sa chose, la diriger vers le bien de tous, à travers son profit personnel; s'il prétend en user, égoïstement, d'une façon nuisible au bonheur des autres, il manque à son devoir, il trahit la cause commune. La propriété dont l'exercice n'est pas en rapport avec le *service* que la société en attend, ce n'est plus que l'*abus* du droit de propriété.

Au fond, toute la construction juridique de la propriété du Code civil nous paraît fondée sur la théorie physiocratique, reprise par Portalis, de la collaboration ordinaire des intérêts individuels avec le bien commun : « Un *intérêt* quelconque ne peut être appelé *particulier* qu'autant qu'il se trouve contraire à l'intérêt public; s'il s'y trouve conforme, il s'identifie à lui. Un intérêt peut être individuel dans son application, sans être particulier dans son objet. Souvent l'intérêt d'un seul est l'intérêt de tous² ». Nous sommes autorisés à utiliser le texte de son grand ouvrage, puisque Portalis y a puisé lui-même les passages les plus importants de ses discours législatifs, qui y étaient, pourrait-on dire, préparés.

Or, si l'on se reporte à la suite du texte que nous venons de citer, on peut y trouver l'esprit de la théorie jurisprudentielle de l'*abus du droit*, c'est-à-dire, en ce qui concerne la propriété, la répression du propriétaire qui utilise son droit contrairement à la destination normale de sa chose, en nuisant à autrui. « Le principe du bien commun qui a fondé les sociétés, est la *volonté constante de faire* non pas seulement le bien de plusieurs ou de la multitude, mais celui de l'*universalité*... Dans la politique, ainsi que dans les actions ordinaires de la vie, on n'est donc autorisé à faire, même un bien public, qu'autant que l'on est assuré que

(1) *Rapport sur le Canal du Midi*.

(2) *De l'usage...*, II, p. 86.

l'on ne fait injustement de mal à personne. Si un seul individu souffre injustement, le principe du bien commun est violé; le droit social est enfreint¹ ».

Le propriétaire qui, par l'abus ou le détournement qu'il fait du *pouvoir* que la loi lui attribue, cause du tort à autrui, n'est donc pas protégé par le caractère *absolu* de sa jouissance. Celle-ci n'a rien d'illimité; elle doit se *soucier* du bien de tous les autres. L'origine de l'art. 544² étant mise à part, il reste vrai de dire, si l'on se tourne plus vers l'esprit de sa rédaction que vers sa formulation maladroite, qu'il ne sanctionne point un système d'une « brutale simplicité », qu'il est au contraire rempli de nuances internes, et qu'il est capable en tout cas de supporter les conceptions modernes. Celles-ci étaient bien en germe dans le Code civil, qui ne put guère en développer les effets que les temps n'avaient pas préparés : « C'est à l'expérience à combler les vides que nous laissons... »

Avant de clore ce paragraphe, nous devons encore rappeler brièvement que le Code eut principalement en vue la propriété *foncière*. On peut s'étonner de cette partialité, si l'on sait que, dès son époque, les biens mobiliers avaient une grande valeur. L'Ancien Droit, témoin de l'accroissement de la richesse mobilière, avait employé plusieurs procédés pour la protéger. Le Code civil ne prit pas garde que, d'une part, la valeur de la terre devait diminuer de l'importance hiérarchique qui lui était attribuée autrefois, et que, d'autre part, les institutions féodales, brisées sans équivalent, laissaient sans protection la fortune mobilière. Celle-ci était déjà considérable cependant, puisque Treilhard constate expressément : « Il fut un temps où les immeubles formaient la portion la plus précieuse du patrimoine... Mais depuis, la fortune mobilière des citoyens s'est considérablement accrue... On n'a pas dû attacher autant d'importance à une portion de terre, autrefois patrimoine unique des citoyens, et qui aujourd'hui ne forme peut-être pas la moitié de leur fortune³ ». De son côté, Portalis nous parle fréquemment des lettres de change, des actions, des manufactures, en y attachant une influence prépondérante sur la richesse des nations. Cependant, au moment des discussions législatives, les *exemples* de la propriété sont tirés exclusivement de la *propriété foncière*.

Deux causes nous expliquent cette anomalie. Elle tient d'une part à l'aspect *liberté* de la propriété conquise. Ce qu'on avait besoin de libérer, c'était la *terre*. Elle tient également au fondement de *droit politique* que nous avons indiqué en citant Napoléon et Portalis. On sentait la nécessité de soutenir le gouvernement et même le régime par la stabilité : « Il s'agit pour ainsi

(1) *De l'usage...*, II, p. 87 et 88.

(2) Qui définit la propriété dans le Code civil.

(3) Locré, IV, p. 29.

dire, s'écrie Portalis, de lier la stabilité de la patrie à la stabilité même du territoire¹ ». Seuls les immeubles la procurent. En effet, « les immeubles de chaque pays sont communément possédés par ses habitants. Jusqu'ici la plupart des Etats ont eu des lois qui dégoûtaient les étrangers de l'acquisition de leurs terres : il n'y a même que la présence du maître qui les fasse valoir. Ce genre de richesse appartient donc à chaque Etat en particulier. Mais les effets mobiliers, comme etc... appartiennent au monde entier, qui, dans ce rapport, ne compose qu'un seul Etat dont toutes les sociétés sont les membres² ». La terre représentait aux rédacteurs du Code civil le bien *national*.

IV

Nous aurions voulu présenter à la suite des fondements et des caractères que le Code civil décerna à la propriété, les *conséquences* qu'il en tira immédiatement. Nous ne pouvons songer à le faire ici : ces conséquences sont innombrables. La *protection* de la propriété individuelle immobilière accompagne toutes les institutions que le Code établit, avec autant de fidélité et de vigilance que le Code met lui-même dans la poursuite de l'intérêt pécuniaire de ses ressortissants. Nous allons donc maintenant conclure, en recherchant l'*originalité* de la propriété du Code civil.

La Révolution éclata au nom de la liberté, de l'égalité, de la fraternité. Pour ce qui est de la *fraternité*, nous n'avons pas à démontrer qu'elle échoua lamentablement... D'ailleurs, si elle entraînait dans le souhait de quelques éthérés, elle n'était que le masque de beaucoup d'autres. N'en était-il pas de même de l'*égalité* ? C'était de l'idéal, c'était le rêve de la Révolution, et malheureusement, tous les hommes n'étaient pas prêts pour l'idéal. Les révolutionnaires eux-mêmes s'en rendaient bien compte, puisque Chabot disait devant les jacobins, le 7 septembre 1792, pour défendre Marat : « Quant au système du partage des terres qu'on lui impute, il a trop mauvaise idée des mœurs de ses concitoyens pour être tenté de faire jamais une telle proposition, car le partage des terres et des propriétés ne peut avoir lieu qu'au milieu d'hommes parfaitement purs et vertueux ». D'ailleurs, l'égalité n'avait jamais été le vœu, même apparent, de l'unanimité, puisqu'on discutait ferme sur le point de savoir si elle était « naturelle ».

En tout cas, ce qu'on en a laissé dans le Code civil ne tenait pas au résultat obtenu par la Révolution, mais c'était la suite naturelle du point de vue de transaction et d'uniformisation du

(1) *E. des m. du titre de la propriété.*

(2) *Discours préliminaire.*

Code civil qui était obligé de se conformer à certaines coutumes déjà égalitaires¹. Sur cette question, la Révolution aurait presque plutôt servi de repoussoir : « Il ne faut pas tenir compte des temps révolutionnaires, disait ironiquement Malleville, où l'on a rêvé l'égalité parfaite en toutes choses² ». La position du Code civil sur les quelques points où il consacrait une égalité nouvelle, n'était que l'effet de la marche de la civilisation, celle-ci adoucissant les vestiges des temps héroïques qui consacraient le droit du plus fort.

Pour ce qui est de la *liberté*, le résultat fut différent. Nous avons vu les divers buts qui se réunissaient sous ce vocable, dont la *propriété* était la matérialisation, et comme la preuve. La liberté politique, sociale et individuelle, pour ceux qui ont fait la Révolution, c'était l'*objectif*. Seul, le *but tangible* vers lequel tous collaboraient pouvait être atteint. C'est dans ce sens qu'il faut prendre, à notre avis, le jugement célèbre de Taine : « La Révolution est par essence une translation de propriété ». En effet, dans le régime féodal, c'était au « suzerain » que la terre appartenait indéfiniment; elle est passée à celui qui la nourrissait et qui la soignait en réalité, au « vassal », qui est devenu le propriétaire en titre. Or, la propriété, symbole de la libération de l'individu, fut, de toutes les conquêtes plus ou moins rapides de la Révolution, la seule que le Code civil respecta dans son principe; elle en fut donc la seule conquête *utile*. La liberté, qui se traduisait par propriété libre, peut ainsi être appelée l'essence de la Révolution, parce que c'était la seule réforme qui était *prête*.

Nous avons vu à quel point toutes les aspirations générales convergèrent finalement vers la propriété, celles des pauvres, celles des économistes, même celles des moralistes et des « communautaires ». Or, cet élan rejoignait le vieux rêve des légistes qui, depuis leur connaissance de la législation romaine, voyaient se profiler comme un modèle la *propriété quiritaire*, perfection juridique. Ce courant civiliste servait de soutien moral aux revendications politiques, sans toutefois s'en mêler directement. Nous allons montrer comment, au moment du Code civil, les législateurs, imbus pourtant de doctrine romaine, *courbèrent* la propriété sous l'influence ambiante et salubre du point de vue révolutionnaire.

La propriété romaine était illimitée, c'était le jouet du paterfamilias, presque son bon plaisir; elle était dans la main du maître, au même titre que ses esclaves, sa femme ou ses enfants³. On sentit en 1804 que, sous prétexte de sanctionner la

(1) La coutume de Paris, par exemple, imprégnée de droit écrit.

(2) Locré, t. 11, p. 149.

(3) Son caractère s'était déjà peu à peu modifié, tandis qu'elle s'épanouissait dans les pays de droit écrit. Mais elle était encore trop autoritaire, comme le pouvoir personnel du père par exemple, pour convenir telle qu'elle à l'ensemble de la France. Le hiatus entre certaines idées d'origine romaine de Malleville, et

propriété libre de la Révolution, on ne pouvait pas l'intégrer exactement sous la forme romaine, qui était liée, bien qu'on n'y eut jamais pensé, à l'organisation politique et économique des Romains, et aux pouvoirs autoritaires du chef de famille. Il fallait tenir compte de l'état des mœurs qui avait, tout de même, progressé, de la situation de la société française du Consulat et même du cheminement de la propriété romaine à travers le régime féodal¹.

La Révolution, qui avait apporté la propriété, avait déjà elle aussi, essayé de l'aménager. On ne voulait rien voir entre les individus et l'Etat qui en était la somme. Il faut d'ailleurs bien comprendre le sens d'*Etat* sous la Révolution. Nous invoquons M. Espinas qui dit : « On ne voulait de toutes parts, entendre parler que de droits individuels; simultanément, tout le monde admettait que la nation était souveraine en matière de propriété comme en tout le reste, mais le droit souverain qu'on lui attribuait venait des individus et retournait à l'individu² ». Il s'agissait donc bien encore de propriété *individuelle*. Or, l'intérêt individuel étant subordonné à l'intérêt de tous, que représente l'Etat, « le propriétaire n'est lui-même que le premier des salariés. Ce que nous appelons vulgairement la propriété, n'est autre chose que le prix que lui paie la société pour les distributions qu'il est chargé de faire aux autres individus par ses consommations et ses dépenses; les propriétaires sont les agents, les économes du corps social » (Mirabeau). On marchait dans la voie qu'avaient ouverte les philosophes « communautaires » de la deuxième moitié du XVIII^e siècle.

Le Code civil s'éleva comme nous avons vu, contre la philosophie générale qui avait inspiré ces solutions, mais il en avait reçu l'influence et il devait garder quelque chose de leur esprit. Il *colora* la propriété égoïste des Romains, du *service* qu'en attendaient les temps révolutionnaires. Sous le nom de « droit naturel » on reprit le point de vue romain, qu'on limita immédiatement par la base de « droit civil » qu'avait exagérée la Révolution. C'est pourquoi Hauriou est dans le vrai quand il dit de la propriété

celles des représentants des coutumes, en fait foi. Quant à Portalis, le médiateur, il s'inclina très vite devant la *majorité* des pays de coutumes.

(1) La propriété romaine était incontestablement *corporelle*. Voici ce qu'en pense Portalis au Conseil des Anciens : « Dans la naissance des sociétés, l'idée de la propriété ne se présentait à des hommes simples, ignorants et grossiers qu'avec l'idée d'une occupation physique et manuelle. Il était difficile qu'alors on connût d'autre propriété que celle des objets mobiliers, qui seuls sont susceptibles d'une véritable occupation. Mais depuis qu'éclairés par nos besoins et par le développement successif de toutes nos relations sociales, nous avons fait de la propriété un droit incorporel et continu, qui peut être séparée de toute possession actuelle, qui n'exige point une occupation présente, entière et absolue de la chose, et que l'on peut exercer par soi-même ou par autrui, il est peu d'objets dont on ne puisse sous certains rapports devenir propriétaires ». Portalis se déclarait d'avance prêt à accepter l'extension du droit de propriété qu'allait réclamer l'économie.

(2) *Ouv. citée*, p. 124.

privée du Code Civil : « L'élément de fonction y est caché... On sait... que l'intérêt de la très grande majorité sera de cultiver. Il a été fort habilement calculé pour que la fonction économique de la propriété fût assurée par le seul jeu de la liberté. Mais si un jour ou l'autre on s'apercevait que la culture n'est plus assurée d'une façon suffisante, sans aucun doute l'obligation juridique d'accomplir la fonction apparaîtrait sous peine d'expropriation » ¹.

Il était probablement dans la destinée du Code Civil, comme il était à coup sûr dans la mission de son « philosophe » officiel, de toujours accommoder, fondre, réconcilier. Le droit féodal s'était évanoui de lui-même, il s'était retiré des faits, de façon que la Révolution n'avait eu qu'à consacrer le principe de la propriété libre aux mains de l'ancien « vassal » : le Code Civil ne pouvait donc pas combiner la Révolution avec un droit féodal qui s'était suicidé. Comme il lui fallait à tout prix un accord, il transigea entre la Révolution et... le droit romain, qui eurent chacun leur place de choix dans la législation nouvelle de la propriété.



(1) *Principes de droit public*, Paris 1919, p. 38.

CHAPITRE TROISIEME

LA FEMME DU CODE CIVIL

« Les lois rencontrent toujours les passions et les préjugés du législateur. Quelquefois elles passent au travers, et s'y teignent; quelquefois elles y restent et s'y incorporent ».

MONTESQUIEU (*l'Esprit des Loix*).

Nous n'avons pas l'intention d'*aborder* ce sujet immense. Nous voudrions seulement apporter une pierre à son élaboration future que nous espérons. En effet, le Code Civil de 1804 régissant encore, à peu près intact, toutes les Françaises du XX^e siècle, il est intéressant et particulièrement utile de savoir de quelles femmes il s'est directement préoccupé et desquelles il s'est inspiré, ou même, le cas échéant, de remarquer pour quelles femmes ses auteurs *ont cru* légiférer, et sur quels arguments, sur quels systèmes, ou bien sur quelles légendes ils se sont fondés. Nous ne pouvons songer ici à donner nous-mêmes une solution à un si grave problème. Nous allons limiter notre sujet à l'*opinion de Portalis*. Nous essayerons de l'établir exactement, de bien la comprendre, nous en chercherons les origines, nous la comparerons avec celle de quelques-uns de ses contemporains marquants, et surtout nous tâcherons de la confronter avec la *réalité*. Nous procéderons donc comme pour les chapitres précédents.

Dans la pensée du XVIII^e siècle, la *cause finale* de l'existence de la femme étant le *mariage*, c'est en étudiant certains aspects de celui-ci qu'on peut se faire une idée de la façon dont notre Code juge les femmes. Or, c'est Portalis qui s'est le plus directement occupé de la question du mariage, étant chargé d'en présenter le titre et devant le Conseil d'Etat, et devant le Corps législatif¹. Portalis est donc certainement celui des législateurs dont la pensée doit importer le plus à l'interprète, même si les raisons qu'il donne à la solution obtenue lui sont absolument personnelles. Pour les autres titres, nous voyons le rédacteur chargé de l'exposé des motifs, prendre soin de révéler l'état d'esprit de l'ensemble des législateurs, et de s'effacer même au profit des sys-

(1) Nous avons transcrit dans notre première partie une lettre de Portalis à son fils où il annonce justement le succès exceptionnel de ses discours sur le mariage. V. *supra*, p. 63.

tèmes qui ont triomphé. Ainsi fait Portalis en général, par exemple sur le chapitre des successions. Mais dans les pages qu'il consacre au mariage, au divorce, à la condition de la femme et à la cause de son incapacité, Portalis ne fait qu'exposer, indépendamment du résultat acquis, ses propres arguments.

En effet, nous devons remarquer qu'il en est de la condition de la femme comme de celle de la propriété : tout le monde est d'accord sur la solution : le droit de propriété est une chose acquise, l'autorité du mari est indiscutable. C'est pourquoi chacun des législateurs se soucie si peu des raisonnements ou des constatations des autres pour justifier la règle; chacun est libre de lui donner le fondement qu'il préfère, du moment que tous se rencontrent avec le texte. Si bien que les arguments les plus contradictoires, au lieu de se limiter ou de s'exclure, vont *s'ajouter*. De même que la propriété a en elle-même à peine fait l'objet d'une discussion, en ce qui concerne l'infériorité de la femme dans le mariage, on n'a pas eu à discuter le principe; on ne s'est intéressé à la différence des arguments présentés qu'à l'occasion de questions de détail, ou même de questions simplement annexes.

Or, si l'on admet le système même du Code civil, selon lequel c'est l'*esprit* de la loi qui doit prévaloir sur la lettre, il est de la plus haute importance de connaître le *fondement* d'une solution donnée. Sinon, comment pourra se diriger la jurisprudence, au cas d'*obscurité* ou d'*insuffisance* du texte, ou en présence de ces *faits nouveaux* dont parle Portalis ? On ne peut laisser les juges à leurs propres hésitations. Comme le disait d'Aguesseau en 1704, que rapporte Locré¹ : « C'est ainsi que le magistrat qui ne veut relever que de sa raison se soumet sans y penser, à l'incertitude et au caprice de son tempérament ». Pour éviter ces errements, il faut que l'ensemble de la jurisprudence puisse trouver un guide dans la *pensée* du législateur².

De plus, cette pensée doit encore être connue des successeurs, des législateurs des générations suivantes, chargés de représenter l'opinion de leur temps. Ils doivent avoir le moyen de se rendre compte de la conformité ou de la contrariété de leurs intentions avec celles de leurs prédécesseurs, pour savoir juger de l'opportunité de leur intervention. Tant que l'esprit du législateur originaire subsiste, les situations mêmes s'étant renouvelées, pas besoin de nouveau texte, puisque la jurisprudence a son rôle tracé. Mais en cas de *changement d'esprit*, l'intervention du

(1) Tome I, p. 122.

(2) « Le pouvoir judiciaire, établi pour appliquer les lois, a besoin d'être dirigé, dans cette application, par certaines règles. Nous les avons tracées : elles sont telles, que la raison particulière d'aucun homme ne puisse jamais prévaloir sur la loi, raison publique », *Discours Préliminaire*.

législateur est *indispensable* pour éclairer de sa nouvelle volonté la jurisprudence vacillante et insatisfaite.

En ce qui concerne la condition de la femme dans le mariage, où trouver la *pensée* du législateur de 1804 ? Nous montrerons qu'il n'y a rien de plus disparate que les assertions des différents Conseillers d'Etat relativement à l'incapacité de la femme. Depuis la misogynie jusqu'à la raison d'Etat, toutes les opinions ont été présentées. Cependant, la seule *raison* de la loi doit être cherchée dans son *Exposé des motifs*, c'est-à-dire dans l'esprit de Portalis. Indépendamment de ce discours, des discussions que nous rapporte Locré, et même du *Discours Préliminaire* où Portalis se livre abondamment sur notre sujet, nous avons puisé, pour connaître son opinion, dans le *rapport sur le divorce* qu'il présenta au Conseil des Anciens à la veille de sa proscription. Ce rapport, qu'il avait particulièrement soigné, lui servit de *modèle* et, pourrait-on dire, de *brouillon* pour ses discours du Consulat. Il n'eut qu'à en retranscrire les différents passages en les distribuant harmonieusement dans ses divers exposés. C'est d'ailleurs pourquoi nous n'avons presque rien trouvé d'intéressant sur le mariage, en fouillant dans ses papiers de préparation du Code Civil. Nous avons utilisé également certains de ses ouvrages antérieurs, qui suffisent à nous montrer que c'est bien son opinion personnelle que présenta Portalis dans le Code Civil.

Nous n'insisterons pas sur la situation juridique que le Code réserve à la femme. Il suffit de lire les textes pour la connaître, et les manuels de Droit Civil pour en apercevoir les conséquences. — Supposant connue cette *condition légale*, nous nous contenterons d'en chercher l'*esprit*. Dans la première section, nous présenterons la *théorie du mariage* selon le Code Civil, comparée avec les mœurs et l'opinion, et sa critique. Dans une deuxième section, nous passerons en revue les conceptions de la *nature de la femme* par les philosophes du XVIII^e siècle et leur influence sur les rédacteurs du Code. Enfin dans une troisième section, nous comparerons l'opinion des différents rédacteurs sur les droits et les devoirs des femmes, avec la situation réelle de celles-ci, avec leur rôle dans la société de la fin du XVIII^e siècle, pour conclure sur le *véritable* esprit des auteurs du Code civil.



SECTION I. — LE MARIAGE

I

Quelle est la *nature du mariage* ? « On parle diversement du mariage d'après les idées dont on est diversement occupé. — Les philosophes observent principalement dans cet acte le rapprochement des deux sexes; les jurisconsultes n'y voient que le contrat civil; les canonistes n'y aperçoivent qu'un sacrement, ou ce qu'ils appellent le contrat ecclésiastique » ¹. « Le mariage a été institué par le Créateur; ce n'est donc point un contrat civil, puisqu'il a nécessairement existé avant toutes les sociétés civiles. Dans le culte catholique, il est béni par un sacrement : mais le sacrement du mariage n'est pas le mariage, puisque les sacrements sont des rites institués longtemps après le mariage même. — Qu'est-ce donc que le mariage ? Un acte purement naturel, réglé par la loi civile, béni ou sanctifié par la religion » ². La nature du mariage tel qu'il se présente dans le Code, est donc triple.

C'est un *acte purement naturel*... Cependant, « le mariage en soi ne consiste pas dans le simple rapprochement des deux sexes. Ne confondons pas à cet égard l'ordre physique de la nature qui est commun à tous les êtres animés, avec le droit naturel qui est particulier aux hommes » ³. A l'inverse des animaux « qui ne cèdent qu'à un mouvement ou à un instinct aveugle... dénués de toute moralité » ⁴, « chez les hommes, la raison se mêle toujours plus ou moins à tous les actes de la vie; le sentiment est à côté de l'appétit, le droit succède à l'instinct, et tout s'épure et s'ennoblit » ⁵. « ...Qu'est-ce donc que le mariage en lui-même et indépendamment de toutes les lois civiles et religieuses ? C'est la société de l'homme et de la femme, qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider, par des secours mutuels, à porter le poids de la vie, et pour partager leur commune destinée » ⁶.

Voici en effet l'*objet du mariage* que dicte la nature : « Le mariage, commandé par la nature, a pour objet l'ordre constant des générations ». Dans ce contrat, la *société* est toujours

(1) *E. des m. du titre du mariage.*

(2) *Rapport sur le divorce.*

(3) *E. des m. du titre du mariage.*

(4) *E. des m. du titre du mariage.*

(5) *Discours Préliminaire.*

(6) *E. des m. du titre du mariage.*

partie, car « le mariage n'est pas seulement institué pour les époux; l'époux n'est là que le ministre de la nature pour perpétuer la société. La société, dans ce contrat, vient s'enter sur la nature. Le mariage n'est pas un pacte, mais un fait, c'est le résultat de la nature, qui destine les hommes à vivre en société » ¹. Autrement dit, le mariage est une *fonction sociale*.

C'est d'ailleurs pourquoi le mariage est *...régulé par la loi civile*. « Il était impossible d'abandonner ce contrat à la licence des passions. Les animaux sont conduits par une sorte de fatalité; l'instinct les pousse, l'instinct les arrête : leurs désirs naissent de leurs besoins, et le terme de leurs besoins devient celui de leurs désirs. — Il n'en est pas ainsi des hommes : chez eux, l'imagination parle quand la nature se tait. La raison et la vertu qui fondent et assurent la dignité de l'homme, en lui laissant le droit de rester libre, et en lui ménageant le pouvoir de se commander à lui-même, n'opposeraient souvent que de faibles barrières à des désirs immodérés et à des passions sans mesure. Ne craignons pas de le dire : si dans des choses sur lesquelles nos sens peuvent exercer un empire tyrannique, l'usage de nos forces et de nos facultés n'eût été constamment réglé par des lois, il y a longtemps que le genre humain eût péri par les moyens mêmes qui lui ont été donnés pour se conserver et pour se reproduire » ².

...Béni ou sanctifié par la religion : « Tous les peuples ont fait intervenir le ciel dans un contrat qui doit avoir une si grande influence sur le sort des époux, et qui, liant l'avenir au présent, semble faire dépendre leur bonheur d'une suite d'événements incertains, dont le résultat se présente à l'esprit comme le fruit d'une bénédiction particulière. C'est dans de telles occurrences que nos espérances et nos craintes ont toujours appelé le secours de la religion, établie entre le ciel et la terre pour combler l'espace immense qui les sépare. — Mais la religion se glorifie elle-même d'avoir été donnée aux hommes, non pour changer l'ordre de la nature, mais pour l'ennoblir et le sanctifier » ³. De plus, il est bien entendu, explique Portalis au Conseil d'Etat, à propos des actes de l'état civil (pour concilier les lois religieuses et les lois civiles) « que le sacrement bénit le mariage, et que le contrat civil est tellement la matière du sacrement, que le sacrement ne peut pas être administré s'il n'y a pas de contrat civil; la loi doit donc former d'abord le contrat » ⁴. Ainsi, Por-

(1) *Loché*, t. V, p. 58.

(2) *E. des m. du titre du mariage*.

(3) *Ibid.*

(4) En conséquence, la loi stipule que la bénédiction religieuse ne peut être donnée qu'après la célébration civile. On omet généralement la raison théorique qu'expose Portalis, qui a eu son influence sur la mesure, quand on ne rattache celle-ci qu'au souci pratique du législateur d'empêcher les parties d'oublier de passer devant le maire, pour aller directement trouver le curé, comme dans l'Ancien Régime.

talis établit sur des bases religieuses le « grand bienfait de la sécularisation du mariage » (Glasson).

Dans la *Consultation sur le mariage des protestants*, Portalis expose des principes qui devaient être repris pendant la Révolution. Il y considère comme suit l'essence du mariage : « Ceux-là sont véritablement époux qui, quel que soit l'appareil extérieur de leur contrat, se lient de manière à n'avoir qu'une demeure, qu'une volonté, qu'une âme, qui par un vœu commun se soumettent aux mêmes devoirs; participent aux mêmes avantages; partagent leurs plaisirs et leurs peines; se communiquent toutes choses entre eux, le corps et le cœur; qui regardent leurs enfants, fruit de leur union, comme un bien commun, comme un nouveau lien qui la resserre, et qui la rend toujours plus inviolable; qui trouvent enfin dans la foi qu'ils se sont jurés l'appui, le soutien, la participation intime et réciproque de toute existence naturelle, religieuse et civile. Tels sont les caractères essentiels que la morale, que les lois les plus religieuses ont assigné au mariage; tel est le vrai mariage en soi et indépendamment de toutes cérémonies ».

A propos de ces *cérémonies*, il continue : « Des différentes qualifications (*illégitime* ou *concubinage*) données dans le corps du droit au mariage qui n'est point fait dans les formes, il ne faudrait pas supposer que les formes sont intrinsèquement essentielles au mariage. Il faut seulement conclure, que quoiqu'il puisse exister des mariages vrais et valides sans aucune forme particulière, cependant, ces mariages peuvent n'être pas reconnus comme tels... suivant... des lois civiles... qui n'ont jamais force que comme simples lois de police... Il faut donc convenir que les formes ne font point le mariage en soi, mais qu'elles ne sont établies que pour le diriger dans ses rapports avec l'ordre public. Comme le mariage soumet les époux à beaucoup de devoirs entre eux et à beaucoup d'obligations envers les enfants, on établit des formes qui puissent déclarer ceux qui doivent remplir ces obligations et ces devoirs ». Ce fut longtemps la doctrine de l'Eglise.

Faut-il admettre que Portalis conservait la même opinion lors de la rédaction du Code Civil ? Si oui, cela pourrait nous entraîner loin. Dans ce passage en effet, à quoi Portalis oppose-t-il le mariage qu'il admet ? Aux « conjonctions vagues et licencieuses ». Chaque fois donc qu'une union, dénuée des formes légales, mais qui ne serait ni *vague* ni *licencieuse*, présenterait en outre *tous les caractères* que Portalis assigne comme *essentiels* au mariage, la jurisprudence serait en droit, soit quant aux *devoirs* entre époux, soit quant aux *obligations* envers les enfants, de l'assimiler, pour venir en aide à la victime, au mariage nommé « légitime » par le Code Civil¹.

(1) Cette base, sinon légale, du moins conforme à l'esprit de la loi dont Portalis serait l'interprète (au cas où notre hypothèse serait vraie) aurait au

Il faut certes tenir compte des circonstances dans lesquelles ce morceau de 1770 a été écrit : persécutions des protestants dont les mariages ne comptaient pas, *parce que*, disait-on, ils n'avaient pas été contractés *dans les formes*, les formes officielles exigeant l'intervention du *prêtre catholique*. Mais il n'y a pas que des préoccupations d'opportunité, pour servir une cause, dans la consultation de Portalis. Il y expose une *théorie générale du mariage*, qui est la sienne, et qu'il défendait indépendamment du cas précis des protestants, comme le hasard de nos recherches dans ses recueils de plaidoyers nous l'a montré. Avec son habitude de toujours « remonter aux principes », pour en déduire les solutions d'espèce, on comprend qu'il ait eu fréquemment l'occasion d'exposer sa thèse, qui eut d'ailleurs le plus grand succès à l'époque (comme nous l'avons montré dans notre première partie), probablement parce qu'elle séduisait les esprits de sa génération.

Il se trouve d'ailleurs, comme nous le montrerons plus loin, que Portalis reprend les mêmes termes dans ses discours du Consulat. Nulle part le Code Civil n'indique les formes comme intrinsèques au mariage, comme faisant partie de son *essence*. Elles sont sans doute nécessaires pour que le mariage soit valable comme *civil*, mais, pour Portalis, même dans ses discours introductifs du Code Civil qui en sont le commentaire autorisé, les *formes légales* ne font que se superposer pour le rendre *civil*, au mariage naturel, contrat de société fondé sur la foi que les époux se donnent, qui entraîne par lui-même devoirs et obligations¹. La législation civile n'est jamais présentée par Portalis *que* comme un frein salutaire destiné à régler les passions que le droit naturel, sanction toute morale, ne suffit pas à maintenir. Notre auteur le dit explicitement dans son Exposé des motifs : « Les règlements de ces législateurs n'ont pu détruire l'essence,

moins l'avantage d'unifier la jurisprudence qui hésite à marcher unanime dans cette voie, croyant être « créatrice ». En ce qui concerne l'*obligation naturelle alimentaire* entre concubins et envers leurs enfants, Voir : ESMEIN, *cours cité*, p. 222. Dans son article sur l'*Union libre* (V. Revue trimestrielle de droit civil, 1935), M. Esmein préconise une réglementation jurisprudentielle de l'union libre, essentiellement opportuniste, destinée à donner une solution aux problèmes qui se posent avec acuité. Tel celui de l'abandon injustifié de la concubine, qui serait admise à réclamer une indemnité. Or, ne pourrait-on pas invoquer, à l'appui de cette revendication que méconnaît la jurisprudence actuelle, le texte même de Portalis ? Il explique que les formes sont établies pour « déclarer » ceux qui doivent remplir obligations et devoirs *naturels* du mariage. A défaut de cette présentation légale, de cette *présomption* pourrait-on dire, quand on connaît, *en fait*, le sujet passif de l'obligation, le responsable du devoir, pourquoi ne pas admettre la sanction réclamée ? D'ailleurs, plutôt que d'ignorer les liens extra-légaux, ne serait-il pas plus sage de leur faire produire effet, précisément, pour en diminuer la fréquence ?

(1) « On ignorait ce que c'est que le mariage en soi, ce que les lois civiles ont ajouté aux lois naturelles, ce que les lois religieuses ont ajouté aux lois civiles, et jusqu'où peut s'étendre l'autorité de ces diverses espèces de lois... Nous nous sommes convaincus que le mariage, qui existait avant l'établissement du christianisme, qui a précédé toute loi positive, et qui dérive de la constitution même de notre être, n'est ni un acte civil, ni un acte religieux, mais un acte naturel qui a fixé l'attention du législateur et que la religion a sanctifié ». *Discours Préliminaire*.

ni l'objet du mariage, en protégeant les engagements que le mariage suppose, et en régularisant les effets qui le suivent » ¹.

Il faut voir cependant en quoi consiste, dans les détails, ce *mariage en soi*... Voici le tableau enchanteur que Portalis en fait, que nous nous en voudrions de ne pas faire goûter du lecteur :

« Sans doute, le désir général qui porte un sexe vers l'autre, appartient uniquement à l'ordre physique de la nature; mais le choix, la préférence, l'amour, qui détermine ce désir, et le fixe sur un seul objet, ou qui, du moins, lui donne sur l'objet préféré un plus grand degré d'énergie; les égards mutuels, les devoirs et les obligations réciproques, qui naissent de l'union une fois formée, et qui s'établissent entre des êtres raisonnables et sensibles, tout cela appartient au droit naturel. Dès lors ce n'est plus une simple rencontre que nous apercevons, c'est un véritable contrat.

« L'amour ou le sentiment de préférence qui forme ce contrat, nous donne la solution de tous les problèmes proposés sur la pluralité des femmes ou des hommes dans le mariage; car tel est l'empire de l'amour, qu'à l'exception de l'objet aimé, un sexe n'est plus rien pour l'autre, la préférence que l'on accorde, on veut l'obtenir, l'engagement doit être réciproque. Bénissons la nature, qui, en nous donnant des penchants irrésistibles, a placé dans notre propre cœur la règle et le frein de ces penchants, etc...

« Le rapprochement de deux sexes que la nature n'a fait si différents que pour les unir, a bientôt des effets sensibles. La femme devient mère : un nouvel instinct se développe, de nouveaux sentiments, de nouveaux devoirs fortifient les premiers, etc...

« L'éducation des enfants exige, pendant une longue suite d'années, les soins communs des auteurs de leurs jours. Les hommes existent longtemps avant de savoir vivre, etc...

« Pendant tout ce temps, le mari, la femme, les enfants, réunis sous le même toit et par les plus chers intérêts, contractent l'habitude des plus douces affections. Les deux époux sentent le besoin de s'aimer, et la nécessité de s'aimer toujours. On voit naître et s'affermir les plus doux sentiments qui soient connus des hommes, l'amour conjugal et l'amour paternel.

« La vieillesse, s'il est permis de le dire, n'arrive jamais pour des époux fidèles et vertueux. Au milieu des infirmités de cet âge, le fardeau d'une vie languissante est adouci par les souvenirs les plus touchants, et par les soins nécessaires de la jeune famille dans laquelle on se voit renaître, et qui semble nous arrêter sur les bords du tombeau.

(1) Il est intéressant de remarquer également, que ne fait pas partie de l'essence du mariage, d'après Portalis, *l'autorité maritale*.

« Tel est le mariage, considéré en lui-même et dans ses effets naturels, indépendamment de toute loi positive ».

Le style du morceau, son inspiration, le sentiment d'une nature essentiellement bonne, le fait qu'il s'agit d'un mariage naturel, surtout le rôle de l'amour dans le mariage, tout démontre au plus profane l'*influence de Rousseau*. Il est d'ailleurs assez inattendu de trouver ce passage tout de poésie et d'idéal dans le Discours Préliminaire d'un code de lois positives, et sous la plume d'un législateur dans l'exercice de ses fonctions... Ces faits demandent une explication. Nous devons chercher d'où provient la conception du mariage qui fut celle du code Napoléon, et quelle originalité elle présentait à son époque.

II

Une grande dame du début du XVIII^e siècle (Mme de Lambert), donnant de précieux conseils à sa fille en âge de se marier, lui dit ceci : « Ma fille, deux grands dangers vous menacent : de lire des romans; d'aimer ». Elle n'envisage même pas l'hypothèse d'un amour hors mariage. C'est l'amour en lui-même qu'elle réprouve, parce que sa fille se laisserait moins facilement épouser par un riche seigneur. Dans un *livre de raison* de la même époque, on peut trouver les mêmes conseils à un jeune homme : « Je te prie de ne pas choisir toi-même ta femme... Tu pourrais te laisser aller à te marier par sentiment ¹ ».

Le mariage d'arrangement est la règle, surtout pour les jeunes filles qu'on prévient à peine de l'événement. Comme de plus, elles sont mariées très jeunes, avec des hommes la plupart du temps infiniment plus âgés qu'elles (la fièvre puerpérale emportant beaucoup de jeunes femmes), l'amour est totalement exclu de la *conclusion du mariage*. Les mois de préparation du contrat se passent à discuter la dot et les conditions pécuniaires. Jusqu'en 1740, les choses ont lieu de la même façon. On commence à lutter contre les préjugés, mais pas contre celui qui consiste à marier les enfants sans tenir compte de leur opinion.

A ce régime, l'amour fait défaut également *dans le ménage*. Non seulement il n'est pas de mise, non plus que la fidélité, mais il est considéré par la bonne société comme « risible ». « Une femme qui ose » sans pudeur, sans retenue » se faire voir au cours avec son époux et ses enfants, quelle horreur... C'est une femme perdue de réputation... ² » Bernis nous le dit bien dans

(1) Rapporté par M. MORNET dans son cours à la Faculté des Lettres 1935-1936 : *Le rôle de la femme dans la littérature française du 18^e siècle*.

(2) Propos rapporté par THOREL DE CAMPAGNEULLES. Voir ROUSSEAU : *La Nouvelle Héloïse*, collection « les grands écrivains de la France », t. I, p. 63 des commentaires de M. MORNET.

ses *mémoires* : « La foi conjugale n'est une vertu que dans l'esprit de la bourgeoisie ». Le *bon ton* permet aux époux mal assortis, qui sont la majorité, même leur recommande les... consolations. Quelques moralistes le déplorent sous le voile de l'ironie : « Il y a six mois que le sacrement vous lie, dit l'abbé Coyer, et vous aimez encore votre mari ! Votre marchande de modes a le même faible pour le sien ; mais vous êtes *Marquise*. Garderez-vous longtemps cet air de réserve si déplacé dans le mariage et qu'on ne pardonne qu'aux aspirantes ? » etc...³ L'amour conjugal est donc décrié par le XVIII^e siècle mondain, et la fidélité est devenue une « vertu roturière ». On laisse dédaigneusement ces sentiments aux bourgeois².

Une comédie de d'Allainval : l'*Ecole des Bourgeois*, nous le fait bien sentir :

Benjamine (fiancée du Marquis de Moncade) : « Oui, M. le Marquis, je ferai mon bonheur de vous voir à tous les moments de ma vie ».

Le marquis de Moncade : « Eh ! Mademoiselle, vous avez un air de qualité. Défaites-vous de ces discours et de ces sentiments bourgeois ».

Benjamine : « Est-ce qu'il y a du mal à aimer son mari ? »

Le marquis de Moncade : « Non, mais il y a du ridicule..., à la Cour, une femme se marie pour avoir un nom et c'est tout ce qu'elle a de commun avec son mari³ ».

Mercier, qui écrit juste avant la Révolution, nous indique encore le même état d'esprit, dans une petite scène où le père qui annonce à sa fille qu'on va la marier, lui dit notamment : « Est-ce que l'on connaît jamais celui que l'on épouse ? Ton futur ne te connaît pas davantage... Les petites gens ont besoin de s'aimer dans leur ménage. Mais, pourvu que les gens riches vivent décemment ensemble, leur aisance les met d'accord⁴ ».

Chez les bourgeois, en effet, les mœurs permettent la tendresse entre époux, et sont plus chatouilleux quant à la fidélité de la femme, sinon de celle du mari... Mais, tout au moins dans la classe aisée, ils n'autorisent pas plus que dans la noblesse, le mariage d'inclination. L'esprit général est le suivant : « Les enfants, dit Steele, ne peuvent jamais porter leur désobéissance

(1) Rapporté par A. DE LUPPÉ, *Les Jeunes filles françaises du 18^e siècle*, Paris 1922, p. 22.

(2) Portalis énumère parmi les *préjugés d'usage et de société* : « ...Là, c'est la funeste illusion qui applaudit à un sexe de ce qui déshonore l'autre et fait de l'art de séduire une vertu au séducteur ; tantôt c'est l'illusion plus funeste encore, qui fait rougir un époux du seul penchant qui lui soit légitime et attacher un ridicule à son amour depuis qu'il est devenu un devoir ».

(3) « Dans tous nos romans, remarque Portalis dans son *rapport sur le divorce*, le mariage est presque toujours présenté comme le tombeau de l'amour ». L'expression est significative.

(4) *Tableau de Paris*, rapporté par Léon ABENSOUR, *La femme et le féminisme avant la Révolution*, Paris 1923, p. 72. Nous puisons abondamment dans cet important et remarquable ouvrage, qui réunit une documentation unique, sur un sujet jusqu'alors très peu étudié.

à un plus haut point que lorsqu'ils se marient contre le consentement de leurs parents. En disposant d'eux-mêmes, ils commettent une espèce de larcin, puisqu'ils sont une partie des biens et possessions de leurs pères et mères; il faut qu'ils aient l'approbation de ceux auxquels ils appartiennent de droit »³. La réalité est conforme à l'opinion; les mariages sont conclus par les parents, tandis que les filles sont au couvent; c'est une question d'affaires, qui ne regarde pas les futurs époux. Si quelques observateurs, ou quelques moralistes s'en étonnent on s'en indignent depuis Molière, le public reste sourd.

Rousseau allait changer tout cela, en mettant ces paroles dans la bouche de St Preux¹ : « Pourquoi faut-il qu'un insensé préjugé vienne changer les directions éternelles et bouleverser l'harmonie des êtres pensants ? Pourquoi la vanité d'un père barbare cache-t-elle ainsi la lumière sous le boisseau, fait-elle gémir dans les larmes des cœurs tendres et bienfaisants ? Le lien conjugal n'est-il pas le plus libre et le plus sacré des engagements ? Oui, toutes les lois qui le gênent sont injustes; tous les pères qui l'osent former ou rompre sont des tyrans. Ce chaste nœud de la nature n'est soumis ni au pouvoir souverain, ni à l'autorité paternelle, mais à la seule autorité du Père commun qui sait commander aux cœurs et qui, leur ordonnant de s'unir, les peut contraindre à s'aimer ».

Une nouvelle mode est lancée. Il devient moins ridicule, et d'ailleurs moins méritoire, maintenant, de prêcher, sinon déjà la liberté dans le choix de l'époux, du moins l'amour conjugal. La lutte s'étend à partir de 1760. Voltaire y participe activement, notamment dans son dialogue *L'Education des filles*, où il recommande la liberté du mariage, et le mariage de sentiment. Portalis y prend part, dès l'âge de dix-huit ans. Dans sa révolte contre « les préjugés d'usage et de société », il s'indigne : « Sommes-nous pères de famille ? Le préjugé fixe arbitrairement, en dépit de la raison et de la religion, la destinée de ceux à qui nous avons donné l'être; avant qu'ils sachent ce qu'ils font, nous leur faisons décider de ce qu'ils feront pour toujours » et il ajoute : « Pourquoi ne pas chercher la cause de la dépopulation... dans ces mariages d'intérêts, où l'on ne compte pour rien les caprices, l'insociabilité des humeurs; qui, au lieu d'unir les cœurs, les séparent pour jamais, qui sont des nœuds qu'on rend indissolubles sans les resserrer ».

Cependant, la *mode* ayant beau se mettre de la partie, on a du mal à la suivre chez les nobles, tant les usages sont ancrés. Et, la plupart du temps, on *fait semblant*. Quant à la bourgeoisie, elle se contente d'imiter ce que fait la noblesse... La pratique est donc très en retard. Quelques jeunes filles, élevées à la maison, et non au couvent, dans des familles bourgeoises

(1) *La Nouvelle Héloïse*.

nouvelles, sont plus averties. Elles sont familières avec les jeunes gens, sans qu'il s'ensuive d'ailleurs ni scandales, ni fautes¹. Mais, dans la majorité des familles, on continue à ne pas consulter les jeunes filles. « Malgré la campagne littéraire menée contre lui, le mariage d'arrangement, imposé par les parents à des filles très jeunes, subsiste jusqu'à la fin du siècle »². Cette opinion est confirmée par celle de l'avocat Renoul qui, au terme d'une enquête sur l'autorité des parents, constate en 1773 : « Le grand nombre des mauvais mariages m'a étonné; j'en ai cherché la cause, et j'ai appris que la plupart avaient été formés par l'ambition et la tyrannie des parents... J'ai vu que l'infortune de la plupart des mariages n'avait pour principe que le défaut de liberté et d'inclination des époux en les contractant »³.

D'ailleurs il ne faudrait pas croire que la lutte fût générale dans la philosophie et la littérature. En tout cas, si on réclame facilement la liberté et l'inclination dans le mariage, on n'a guère l'idée de faire de l'amour la *condition essentielle* du mariage. « En dehors de Rousseau et des quelques auteurs que nous avons cités (Saurin, Destouches, Nivelles de la Chaussée), affirme M. Abensour, bien rares sont les écrivains, hommes ou femmes, qui voient dans l'amour la condition essentielle du mariage »⁴. Par conséquent, il nous est permis de remarquer que, bien que l'idée eût déjà fait quelque chemin, Portalis avait du mérite à la mettre en théorie, dans sa consultation de 1770⁵.

Portalis introduisit intégralement cette opinion dans le Code Civil. La condition du mariage est bien l'*amour* des époux, et son essence est uniquement la *foi* que les époux se donnent : « D'après les idées que nous avons données du contrat de mariage⁶, il est évident que c'est le consentement des parties qui constitue ce contrat... Mais il est également évident que l'on avait besoin d'être rassuré sur la véritable intention de l'homme et de la femme qui s'unissent, par des conditions et des formes qui puissent faire connaître la nature et garantir les effets de cette union »⁷. C'est pourquoi l'art. 146 du Code Civil annonce : « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a pas de consentement »⁸. C'est pourquoi Portalis ajoute : « Il n'y a point de véritable consentement lorsqu'il n'y a point de liberté »⁹.

(1) Voir E. et J. DE GONCOURT, *La femme au 18^e siècle*.

(2) A. DE LUPPÉ, *ouv. cité*, p. 173.

(3) « Il ne proteste d'ailleurs en aucune façon contre le principe, ajoute A. DE LUPPÉ qui rapporte le passage p. 166, il se borne à regretter que les parents en usent avec peu de modération ».

(4) *Ouv. cité*, p. 397.

(5) En réalité, il faut l'avouer, Portalis n'applaudissait et ne suivait Rousseau, sur ce point, que parce qu'il retrouvait la « véritable doctrine chrétienne », celle des canonistes du Moyen Âge.

(6) Il ne s'agit pas du contrat devant notaire, mais du mariage, contrat naturel.

(7) *Discours Préliminaire*. Remarquer les mots : « faire connaître » et « garantir ».

(8) TRONCHET dit de même : « Les principes sont que le consentement fait le mariage », Locré, t. IV, Titre du mariage.

(9) « Requête de tous les contrats, elle doit être surtout parfaite et entière

Les parents eux-mêmes, dans le système de Portalis, donc du Code civil, ne jouent, pourrait-on dire, qu'un rôle d'appoint, tout entier fondé sur leur amour : « L'autorité des pères est motivée par leur tendresse, par leur expérience, par la maturité de leur raison, et par la faiblesse de celle de leurs enfants. Cette autorité est une sorte de magistrature. Les lois font tout ce qui est en leur pouvoir pour prévenir, dans les mariages, des erreurs et des méprises qui pourraient être irréparables; elles garantissent aux contractants la plus grande liberté; elles donnent la plus grande publicité au contrat; elles exigent le consentement des pères, consentement si bien motivé par la considération touchante que la prudence paternelle, éclairée par les plus tendres sentiments, est au-dessus de toute autre prudence » ¹. A propos des *oppositions à mariage*, Portalis explique : « La tendresse présumée écarte d'eux tout soupçon de mauvaise foi et elle fait excuser leur erreur. Après la majorité accomplie, l'autorité des pères finit; mais leur amour, leur sollicitude ne finit pas... La conscience, le cœur d'un bon père est un asile qu'il ne faut pas indiscrètement forcer » ².

C'est alors que Portalis, en se tournant plein d'espoir vers le siècle neuf, lui apportait le fruit de ses luttes, et l'objet de son culte : un mariage d'amour où règneraient les plus beaux sentiments : « Aujourd'hui, disait-il, on ne craint plus les spéculations combinées avec tant d'art, dans lesquelles, en fait de mariage, on s'occupait de tout, excepté du bonheur. Toutes les classes de la société étaient plus ou moins dominées par les mêmes préjugés; les vanités étaient graduées, comme les conditions... Tout était sacrifié à des idées ridicules et misérables, qui faisaient le malheur des générations présentes, et qui étouffaient d'avance les générations à venir » ³. « ...Les mariages vont devenir plus libres que jamais, ...l'égalité politique ayant fait disparaître l'extrême inégalité des conditions, deux époux pourront céder aux douces inspirations de la nature, et n'auront plus à lutter contre les préjugés de l'orgueil, contre toutes ces vanités sociales qui mettaient, dans les alliances et dans les mariages, la gêne, la nécessité et, nous osons le dire, la fatalité du destin même » ⁴. En renouvelant la formule du mariage, Portalis se flattait de renouveler le *bonheur* des hommes, en laissant librement fleurir leur *nature*.

dans le mariage; le cœur doit, pour ainsi dire, respirer sans gêne dans une action à laquelle il a tant de part : ainsi l'acte le plus doux doit encore être le plus libre » (*E. des m. du titre du mariage*).

(1) *Discours Préliminaire*.

(2) *E. des m. du titre du mariage*.

(3) *E. des m. du titre du mariage*.

(4) *Discours Préliminaire*.

III

Qu'elle est belle ! notre législation, est-on tenté de s'écrier en lisant les pages inoubliables où Portalis chante le mariage et sa quiétude, la famille et le réconfort qu'elle sème et organise entre des êtres naturellement bons et confiants, et si simples... Si ce tableau est celui du mariage et de ses effets dans l'ordre naturel, « indépendamment de toutes lois positives », pourquoi, se demande-t-on avec indignation, faire intervenir un code de lois civiles, qui ne peuvent que tout abîmer, que gâcher par leur contrainte, ces « douces inspirations », et les rendre illusoires ?

Aussi pour Portalis, comme nous l'avons vu, les lois positives ne servent à autre chose qu'à consacrer le *mariage en soi*, les formes civiles n'étant que des garanties et des preuves. Le pouvoir des pères, se confondant avec leur tendresse, n'a pas besoin d'être limité. L'autorité des maris, n'étant que l'effet de leur sollicitude, ne réclame nul contrepoids. Les erreurs passées, les abus qu'on déplore tenaient à une législation soupçonneuse, étroite, indiscrete. Les lois doivent être « franches » et « candides ». C'est pourquoi le législateur doit d'abord s'inspirer de la nature humaine, qui est bonne, de la même manière qu'il doit tenir compte de la nature du sol, et des caractères du peuple pour lequel il construit. « Il faut croire les hommes bons, si l'on veut réussir à les rendre meilleurs ».

Pourtant, nous ne sommes pas satisfaits de cette description de rêve, ni même du point de vue si élevé auquel se place Portalis. Nous y retrouvons trop Rousseau, et cette constatation ne nous laisse pas sans inquiétude. Nous craignons l'envers du décor, les coulisses de cette magnifique scène. En effet, la conception que nous venons de traduire révèle à l'analyse une triple pétition de principe qui trahit incontestablement la marque indélébile de Rousseau. 1° Pour légiférer, on se reporte uniquement à ce qui est *naturel*. 2° La nature étant invariablement *bonne*, 3° On ne peut qu'être *heureux* en la *trouvant*. Notre premier paragraphe a exposé le dernier point, insistons sur les deux autres.

La nature humaine est bonne, a dit Rousseau, que veut suivre Portalis¹. Or, de quel droit celui-ci sépare-t-il ce qui était uni chez l'auteur, qui ne parlait de la nature que pour en tirer la condamnation de la société, de la civilisation, des lettres et des arts, corrupteurs et mauvais bergers des victimes humaines ?

(1) Le courant en faveur de la *bonté naturelle* remonte à la plus haute antiquité. Mais ROUSSEAU, bien que dernier représentant, porta la doctrine à un si haut degré d'illustration qu'on peut, sans injustice, n'invoquer que lui dans la discussion. Voir l'ouvrage de E. METCHNIKOFF : *Etudes sur la nature humaine*, Paris 1917.

De plus, Rousseau ne s'est pas gêné lui-même pour contredire la plupart de ses principes, nous en parlerons en passant, soit par d'autres écrits, soit par sa propre vie. En outre, sa conception, utilisée par les révolutionnaires, ne semble guère leur avoir permis de construire des institutions durables, sur le fondement de la nature humaine; ce sont précisément les lois qui touchent les personnes qui ont été détruites par « l'esprit de modération » des rédacteurs du Code civil; leurs conceptions de la nature ne se ressemblaient-elles donc pas ? D'ailleurs, il faudrait pouvoir s'entendre sur ce que signifie « être bon »; chaque époque propose sa définition, aucune n'a encore pu l'imposer.

Au surplus, il est paradoxal de prendre pour point de départ, en tant que législateur, une théorie selon laquelle tout va *naturellement* pour le mieux. Fonder un code sur l'idée que l'homme est naturellement bon, est singulièrement déplacé, puisque le code n'existe que parce que l'homme, en fait, n'est pas parfait. Sinon, aurait-il besoin d'autre chose, pour se conduire, que ses inspirations naturelles ? Portalis transpose abusivement à l'état social la phrase célèbre de Rousseau : « L'homme sauvage, quand il a dîné, est en paix avec toute la nature et l'ami de tous ses semblables »¹. Pourtant, Portalis l'a dit lui-même : « Il faut convenir que si les hommes étaient invariablement ce qu'ils doivent être, l'union conjugale ne serait jamais troublée... Mais les hommes sont sujets à l'erreur; ils ont des passions, ils oublient sans cesse ce qu'ils doivent aux autres, et ce qu'ils doivent à eux-mêmes, et c'est pour eux qu'il s'agit de faire des lois »². Il s'est laissé entraîner parfois, malgré lui, par l'état d'esprit des révolutionnaires, celui précisément des théoriciens, qui, sans le vouloir plus que cela, les avaient dirigés.

Qu'est-ce au juste que la nature humaine ? Nous sommes toujours ramenés au même problème. Nous ne voulons pas systématiquement aboutir à l'idée que son unicité n'existe pas, mais nous aimerions savoir enfin en quoi elle consiste. Or la diversité des opinions frappe autant que la répétition du contenu, surtout si, au lieu d'invoquer encore la nature de l'homme, on recherche la consistance de la *nature de la femme*. C'est d'ailleurs ce qu'on a pensé au Conseil d'Etat. — Mais les législateurs, qui étaient assez nombreux et avaient une assez longue expérience pour soutenir dans le code le point de vue de l'homme, étaient particulièrement mal placés pour se mettre à la place des femmes. Aussi n'ont-ils réussi qu'à substituer aux observations patientes et précises qu'implique l'étude d'une *nature* quelconque, des révélations de leur propre cru, qui, n'étant pas scientifiques, n'ont même pas le mérite de l'originalité.

Nous disons que les Conseillers d'Etat se mettaient intérieu-

(1) *Discours sur l'inégalité.*

(2) *Rapport sur le divorce.*

rement eux-mêmes, avec leur état d'esprit, leur expérience plus ou moins complète, leur caractère, leurs passions, leurs faiblesses, même, le cas échéant, leurs vices, dans la situation des légiférés. Par exemple, Portalis. Examinons sa fresque « naturelle » du Discours Préliminaire. Où l'avait-il puisée ? Dans son propre cœur, dans ses désirs fonciers et aussi dans sa vie exemplaire. Les sentiments du mari qu'il dépeint, sont ceux qu'il a personnellement ressentis ; les émotions du père qu'il raconte, ce sont celles qu'il a vécues. On lui disait que la nature est bonne. Il n'avait aucun doute que la sienne ne le fût : « On peut me rendre bien malheureux, on ne me rendra jamais méchant », écrivait-il à sa femme. Les témoignages d'admiration, d'estime et d'affection, d'ailleurs, que l'Europe entière lui prodiguait, le lui prouvaient. Si lui, qui était simple de goûts et « naturel » de caractère, était en même temps *bon*, pourquoi tous les autres êtres ne le deviendraient-ils pas, si on éteignait insensiblement le feu trompeur qui reliait leurs désirs à l'impossible ; et si on cessait d'alimenter par des lois tâtillonnes le tourbillon de leurs passions rivales ?

Les autres législateurs, sans aboutir malheureusement aux mêmes conclusions, usaient du même procédé : ils n'en avaient guère d'autre à leur disposition et nous ne leur en faisons pas grief. Mais le mal réside en ce que, ne se rendant pas compte du vice interne de leur méthode, quelques-uns d'entre eux ont cru être toujours vrais et justes. Or, on ne compatit bien aux sentiments d'autrui que quand on est susceptible de se trouver soi-même dans des circonstances identiques. Quand nos rédacteurs traitaient du mariage ou de la famille, ils ne faisaient que traduire le point de vue de l'homme, et quand ils se souciaient des femmes, ils ne légiféraient encore qu'en hommes. Poulain de la Barre, disciple fervent de Descartes, qui écrivait à la fin du XVII^e siècle, le remarquait judicieusement : « Ceux qui ont fait et compilé les lois, étant des hommes, ont favorisé leur sexe, et les jurisconsultes ont tourné les lois en principes... Plus tard, les historiens, hommes également, ont déformé l'histoire... Tout ce qui a été écrit par les hommes sur les femmes doit être suspect, car ils sont à la fois juges et parties ».



SECTION II. — LA NATURE DE LA FEMME

I

Nous avons montré que les gens du XVIII^e siècle, comme d'ailleurs pas mal de leurs successeurs, quand ils parlent de la *nature*, lui attribuent comme par hasard (c'est-à-dire par un effet de leur pénétration des vues de la nature), leurs théories personnelles en même temps que leurs penchants. De même que le régime de communauté est de droit naturel pour les légistes des pays de coutumes, sans l'être pour ceux du Midi, de même que la propriété est de droit naturel pour la plupart de ceux-ci, imbibés de droit romain, et d'institution sociale pour plusieurs d'entre les premiers, de même la nature, prétendument immuable et universelle, de la femme varie suivant les origines, les habitudes, le caractère et le tempérament des hommes de ce temps. Pour connaître leurs *opinions personnelles* sur notre sujet, c'est donc à la nature qu'ils attribuent à la femme qu'il faut nous adresser.

Il ne s'agit plus, pour les penseurs du XVIII^e siècle, de traîner sans commentaire l'infériorité de la femme parce que le droit romain l'a admise, non plus que de faire de son imperfection originelle, comme disent les théologiens, une conséquence de la volonté du créateur, bien que ces deux idées fournissent encore les assises de la société et de la conception commune. On croit encore à l'ordre éternel de toutes choses, mais on veut le reconstruire par la raison, ce qui emporte le droit d'en critiquer l'état présent. On s'aperçoit que les lois qui font de la femme une esclave de l'homme, portant non seulement obéissance, mais soumission, ne sont plus d'accord avec les faits qui démontrent sa liberté. Qui veut donc changer la situation des femmes dans un sens ou dans l'autre, soit dans le sens des lois, soit dans celui des mœurs, se trouve dans l'obligation de détruire le préjugé ou de le prouver.

Montesquieu prend franchement parti dans les *Lettres persanes* : « C'est une question de savoir, dit-il, si la loi naturelle soumet les femmes aux hommes. Non, me disait l'autre jour un philosophe très galant, la nature n'a jamais dicté aux hommes une telle loi. L'empire que nous avons sur elles est une véritable tyrannie. Elles ne l'ont laissé prendre que parce qu'elles ont plus de douceur que nous et par conséquent plus d'humanité et de raison. Ces avantages, qui devraient leur donner la supériorité sur nous si nous avions été raisonnables, la leur ont fait perdre parce que nous ne le sommes point... Pourquoi aurions-

nous donc un privilège ? Est-ce parce que nous sommes les plus forts ? Mais c'est une véritable injustice. Nous employons toutes sortes de moyens pour leur abattre le courage. Les femmes seraient égales, si l'éducation l'était aussi. Eprouvons-les avec les talents que l'éducation n'a point affaiblis et nous verrons si nous sommes forts ».

Ainsi, les deux sexes étaient créés égaux par la nature, les hommes ont usurpé un pouvoir que la nature ne leur octroyait pas, qu'ils ont consolidé en maintenant les femmes dans l'ignorance et dans la faiblesse, dont ils se sont servi ensuite pour fonder en droit leur usurpation. Montesquieu d'ailleurs ne se donne pas la peine de prouver ses affirmations, et il ne s'interroge pas sur la manière dont s'est effectuée l'usurpation masculine. Il adhère en tout cas à la théorie selon laquelle les femmes *paraissent* inférieures actuellement, par suite de leur manque d'instruction. La plupart des Encyclopédistes défendent cette idée, d'autant plus fermement qu'il sont les champions des « lumières » et de la vertu de l'éducation. Helvétius le dit expressément dans son ouvrage *De l'Esprit* : « Si les femmes sont en général inférieures aux hommes, c'est qu'en général elles reçoivent une plus mauvaise éducation ».

D'Alembert s'indigne contre Rousseau, dans sa *Lettre à Rousseau* : « Si vous aviez raison de vous écrier : *Où trouvera-t-on une femme honnête et vertueuse...* etc., qu'en serait la triste cause ? L'esclavage et l'espèce d'avilissement où nous avons mis les femmes, les entraves que nous donnons à leur esprit et à leur âme, l'éducation funeste, je dirai presque meurtrière, que nous leur donnons sans leur permettre d'en avoir d'autre. Nous traitons la nature en elles comme nous la traitons dans nos jardins. Nous cherchons à l'orner en l'étouffant. Si la plupart des nations ont agi comme nous à leur égard, c'est que partout les hommes ont été les plus forts et que partout le plus fort est l'oppresseur du plus faible ».

Ces auteurs ne font que reprendre l'opinion de Montaigne, pour qui l'infériorité présente des femmes est créée par la seule différence d'éducation : ce qu'une éducation a fait, un autre système le peut défaire. Et pourquoi, ajoute en son nom Mlle de Gournay, « leur instruction ou nourriture ne frapperait-elle pas ce grand coup de remplir la distance qui se voit entre les entendements des hommes et des femmes ? ». Même les écrivains catholiques sont parfois de cet avis : Philippe de Varennes, le Père Caffiaux, cherchent à montrer que l'esprit du christianisme est d'accord avec les nouvelles idées. Boudier de Villemert insiste, lui, sur les qualités différentes des deux sexes, qui se complètent pour former un ensemble qui est l'homme parfait¹. Les deux sexes

(1) C'était déjà l'idée de Mlle de Gournay pour qui l'être humain n'est ni homme, ni femme, mais *homme et femme*.

doivent vivre l'un pour l'autre. De plus « les idées des hommes prennent une teinte plus gracieuse dans la compagnie des femmes, tandis que, auprès d'eux, elles perdent ce qu'elles ont de trop léger ». Un accord heureux naît de la différence des esprits, comparable à celui des voix. « C'est un agréable concert plutôt qu'une dissonance ».

Thomas consacre un gros ouvrage à la question des femmes, *l'Essai sur les femmes*, qui eut un très gros succès. On lit dans l'Avertissement : « On verra peut-être que les femmes sont susceptibles de toutes les qualités que la religion, la politique ou le gouvernement voudraient leur dénier ». Annonçant sa traduction en italien, *l'Esprit des Journaux* le loue en ces termes : « Les hommes peuvent y apprendre leurs devoirs envers les femmes, et celles-ci, outre leurs devoirs envers les hommes, leurs droits et leurs prérogatives ». C'est une déclaration de principe, mais l'auteur est contradictoire, et d'ailleurs ne formule aucune revendication précise.

La doctrine de l'Encyclopédie n'est pas non plus très nette. Diderot, qui sur ce point suit Racine, voit dans les contradictions passionnelles toute la femme. Mais sa différence avec l'homme ne justifie nullement l'assujettissement et Diderot se révolte devant « la cruauté des lois civiles se réunissant contre elles à la cruauté de la nature, les femmes partout traitées comme des enfants imbeciles¹ ». De même l'article *Femme* de l'Encyclopédie, exposé d'ailleurs par un écrivain de deuxième ordre, Desmahis. En somme, l'Encyclopédie aperçoit à peine le problème et, timide, ne le creuse pas.

Voltaire, également contradictoire, s'affirme plus volontiers. On peut trouver maints passages favorables aux femmes, surtout dans ses écrits contemporains de sa liaison avec Mme du Chatelet. Mais son argumentation, dans l'un ou l'autre sens, est généralement assez pauvre. Il constate l'infériorité présente des femmes, sans se demander si elle a toujours existé, et il ne s'indigne pas de son assujettissement. « Il n'est pas étonnant, dit-il, qu'en tout pays l'homme se soit rendu maître de la femme, tout étant fondé sur la force ». Il défend à d'autres moments hardiment les droits de la femme, mais il semble que ce soit plutôt parce qu'elle fait partie des faibles opprimés, auxquels s'intéresse Voltaire, que parce qu'elle est vraiment une égale privée de ses droits par l'usurpation masculine². Néanmoins, il écrit, le 18 octobre 1736, à Berger : « Les femmes sont capables de tout ce que nous sommes capables ».

Indépendamment de tous ces auteurs, les salons prennent part au débat, dans des discussions académiques sur l'égalité des sexes, où l'affirmative est bien près de triompher. De nombreuses femmes

(1) *Critique de l'Essai sur les femmes*.

(2) *Dictionnaire philosophique*, article Femmes.

revendiquent dans des ouvrages féministes avant la lettre, et la bonne société reconnaît avec elles le droit des femmes à s'instruire¹. Le siècle foisonne de traités sur l'éducation des filles, où chacun y va de son petit programme d'études. On n'est pas toujours très audacieux, mais on aperçoit qu'il y a là une cause contingente d'infériorité acquise, dont l'orgueil masculin a tiré une loi. Les auteurs à la mode font des pièces où la nature de la femme est mise en discussion. On y critique fréquemment l'autorité maritale que plaisantent et détrônent Mariveau et Nivelle de la Chaussée². Les pièces ont du succès, ce qui montre le public familiarisé avec de telles idées.

Mais, somme toute, l'opinion générale, favorable aux aspirations féminines, ne présente guère de revendications précises. Il faudra Condorcet pour les publier. On n'est pas *prêt*, semble-t-il, à la naissance *légal*e du féminisme. Les préjugés sont encore très puissants. On *tient* à la faiblesse des femmes. Témoin cet avis du prince de Ligne, pourtant esprit libre et avancé, et grand admirateur des Françaises, sur les femmes émancipées, « ces femmes-hommes qui ne craignent plus les revenants, à moins que ce ne soient les maris ou les amants premiers qui sont à la campagne, qui ne craignent plus le diable, ni le tonnerre, ni les voleurs, ni de verser en voiture ». Ce courant *sentimental*, peut-on dire, trouve son champion dans l'auteur auquel nous allons maintenant consacrer quelques pages.

II

Rousseau, ce dieu descendu sur la terre, qu'une humeur chagrine intéresse surtout à sa propre personne et à la propagation de ses systèmes, utilise d'abord la femme au mieux de l'intérêt de ses théories. Sa conception de la nature féminine étant rattachée étroitement à sa philosophie naturelle et sociale, c'est dire l'acharnement avec lequel il la soutient. En effet, pour lui, la société a violé la nature; et la civilisation a corrompu la société. Mais il faut présenter au public une cause à tous ces malheurs successifs, ou à défaut un bouc émissaire. Rousseau le trouve dans la femme, qu'il considère bénévolement comme l'agent de perte de la race humaine. « C'est aux femmes, à l'influence excessive qu'elles ont prise dans les sociétés civilisées, qu'il impute toutes les corruptions du monde. Apôtre de l'état de na-

(1) Faut-il rapporter ce propos de MME DE PUISIEULX dans *La femme n'est pas inférieure à l'homme* : « Pourquoi le savoir nous est-il inutile ? Parce que nous sommes exclues des charges. Pourquoi sommes-nous exclues des charges ? Parce que nous n'avons pas le savoir ».

(2) Dans le *préjugé à la mode*, le fiancé fait chorus avec Sophie et termine ainsi :

« Quel ridicule orgueil nous fait mésestimer
Ce que nous ne pouvons nous empêcher d'aimer. »

ture, son idéal est le retour à cette simplicité primitive où la malice des femmes et la faiblesse de l'homme n'avaient pas encore délié de ses chaînes le sexe destiné à obéir »¹.

Aussi le point de départ de Rousseau est-il assez neuf. Ses contemporains ne mettent pas en doute que les femmes ne soient les victimes de l'ordre social, soit dans l'application des lois, soit surtout si l'on considère la lettre des lois. Or, pour Rousseau, elles en sont les bénéficiaires. Les femmes ont fait la société à leur image, frivole et corrompue, pour y régner. Et notre théoricien du sentiment, notre apôtre de l'amour, condition essentielle du mariage et source des plus pures joies, vitupère soudain contre la femme qui, courbant l'homme sous le joug de l'amour, a « forcé d'obéir celui qui devait commander ». L'amour, contraire à la nature, a été inventé par les femmes pour gagner sur les hommes l'ascendant que n'avaient pu obtenir leurs faibles forces et leur fragile intelligence : « Il est facile de distinguer l'amour sensuel et l'amour sentiment factice né de l'usage de la société et célébré par les femmes avec tant d'habileté pour établir leur empire et rendre dominant le sexe qui devait obéir »².

Les passages se terminent tous de la même façon : *destiné à obéir, devait commander, devait obéir*. Voilà la loi de nature... Rousseau triomphe, après avoir échaffaudé son système et s'être grisé de ses propres mots. « La femme est faite pour l'homme », conclut-il. Aussi, le but de son existence étant signifiée par la nature, son rôle en découle tout naturellement : « Toute l'éducation des femmes, dit Rousseau, doit être relative aux hommes. Leur plaire, leur être utiles, se faire aimer et honorer d'eux, les élever jeunes, les soigner grands, les conseiller, les consoler, leur rendre la vie agréable et douce, voilà les devoirs des femmes dans tous les temps et ce qu'on doit leur apprendre dès leur enfance... La femme est faite pour céder à l'homme et pour supporter même son injustice ».

La nature a fait l'homme plus libre dans ses actes. Les mœurs et les lois ne font que suivre la nature quand ils permettent à l'homme d'en user plus librement que sa compagne à l'égard du lien conjugal : « La rigidité des devoirs relatifs des deux sexes n'est, ni ne peut être, la même. Quand la femme se plaint là-dessus de l'injuste inégalité qu'y met la loi, elle a tort. Cette inégalité n'est pas une institution humaine ou du moins elle n'est pas un ouvrage du préjugé, mais de la raison. C'est à celui des deux que la nature a chargé du soin des enfants d'en répondre à l'autre. Sans doute, il n'est permis à personne de violer sa foi et tout mari infidèle est un homme injuste et barbare. Mais la femme infidèle fait plus : elle dissout la famille et brise tous les liens de la nature; en donnant à l'homme des en-

(1) L. ABENSOUR, *ouv. cit.*, p. 362.

(2) *Discours sur l'inégalité*.

fants qui ne sont pas de lui, elle trahit les uns et les autres et joint la perfidie à l'infidélité ».

Car, la sainteté du mariage, c'est le dogme; le culte de la famille, c'est le principe. Aussi Rousseau a-t-il pris bien garde de se marier et d'élever ses enfants. Ces tâches-là, elles sont pour les femmes : ce sont les *devoirs* des femmes. Mais l'homme est sans doute trop libre ou trop inconstant *par nature* pour obéir à un dogme ou pour suivre un principe, et comme il faut toujours respecter la nature... Rousseau le dit d'ailleurs lui-même dans une lettre à Mme de Francueil : « Que ne me suis-je marié ? écrit-il à sa protectrice, qui lui reproche amicalement d'avoir abandonné ses enfants, demandez-le à vós injustes lois; il ne me convenait pas de contracter un engagement éternel et jamais on ne me prouvera qu'aucun devoir m'y oblige ».

Mais au moins, quand l'homme *consent* à se marier, il est dans le vœu de la nature que la femme lui soit soumise. Pour que cela puisse être constant, il est logiquement nécessaire qu'elle soit faible et bête, et pratiquement nécessaire de la maintenir dans cet état : « Les femmes semblent à bièn des égards, dit Rousseau dans l'*Emile*, n'être autre chose que de grands enfants ». De plus, il faut bien se garder de les cultiver, ces maigres facultés, par une éducation poussée, l'asservissement de la femme risquerait d'être compromis. La destinée de la femme se réduisant au rôle d'amante, d'épouse et de mère, la femme n'a besoin que de s'exercer à attirer les désirs des hommes, et n'a droit qu'à répondre à leurs caprices. Bien plus, la femme doit prendre docilement la religion de son père et de son mari, son erreur éventuelle étant effacée auprès de Dieu par son obéissance à l'ordre de la nature¹.

D'ailleurs, il est temps de faire cesser cet empire des femmes, qui est la honte des hommes qui l'ont laissé s'établir. Il faut retourner à l'état de nature, qui consacre, paraît-il, la séparation des sexes. Non seulement « les hommes à l'extérieur, les femmes à l'intérieur, telle est la loi de la nature », mais celle-ci interdit également une fréquentation quotidienne des deux sexes : « N'est-ce pas un usage constant chez tous les peuples du monde, excepté les Français et ceux qui les imitent, que les hommes vivent entre eux, les femmes entre elles ? S'ils se voient les uns les autres, c'est plutôt par entrevue et presque à la dérobee, comme les époux de Lacédémone. On ne voit pas les sauvages, même, indistinctement mêlés, hommes et femmes. Le soir, la famille se rassemble, chacun passe la nuit auprès de sa femme. La séparation recommence avec le jour et les deux sexes n'ont plus de commun que les repas tout au plus. Tel est l'ordre que

(1) En conséquence des idées de Rousseau, un de ses consciencieux disciples, Sylvain MARÉCHAL, fit paraître en 1801, une brochure intitulée : *Projet de loi défendant aux femmes d'apprendre à lire*.

son universalité montre le plus naturel¹ ». On peut se demander en lisant de tels textes, et les applications qu'on en fait aux domestiques du château de Wolmar, comment, ne se voyant jamais, les jeunes gens et jeunes filles peuvent contracter le mariage *d'amour* que préconise Rousseau.

La seule prérogative que laisse Rousseau à la femme, c'est d'élever ses enfants, dont la première éducation lui appartient exclusivement. Rousseau exalte la *mère* : « Les lois, toujours si occupées des biens et non des personnes, parce qu'elles ont pour objet la paix et non la vertu, ne donnent pas assez d'autorité aux mères. Cependant, leur état est plus sûr que celui des pères, leurs devoirs sont plus pénibles, leurs soins importent plus au bon ordre de la famille, généralement elles ont plus d'attachement pour les enfants ». Ceux-ci lui doivent en retour un grand respect : « Il y a des occasions, ajoute Rousseau dans l'*Emile*, où un fils qui manque de respect à son père peut, en quelque sorte, être excusé. Mais si, dans quelque occasion que ce fût, un enfant était assez dénaturé pour en manquer à sa mère, on devrait se hâter d'étouffer ce misérable comme un monstre indigne de voir le jour ». Nous prenons note de la bonne intention de Rousseau, mais *pratiquement*, on ne voit pas comment peut s'exercer l'influence d'une mère qui, en tant que femme, est dans l'obligation de modeler sa volonté sur celle de son mari. Dans la *Politique*, aussi bien, Rousseau met à néant son généreux enthousiasme, en montrant bien qu'il n'a jamais été question de balancer l'autorité paternelle par celle de la mère.

En passant en revue les différentes branches de la philosophie de Rousseau qui concernent les femmes, nous complétons par un exemple frappant notre étude des procédés employés au XVIII^e siècle pour exprimer la nature d'un être. Voici la recette que nous suggère notre philosophe. *a)* On construit d'abord la *destinée* que la nature assigne à l'objet envisagé. Pour cela, l'auteur choisit parmi les buts possibles de l'existence, celui qui est le plus profitable à son égoïsme et le plus conforme à son orgueil. S'il s'agit de lui, il y introduit tous les honneurs; s'il s'agit d'un autre, il y introduit toutes les charges. *b)* De cette destinée, on tire logiquement la *nature* de l'être, puisque celui-ci doit être apte à réaliser son rôle : cette nature est plus ou moins parfaite, suivant le but précédemment établi. *c)* Enfin il est facile, par une simple déduction, d'organiser la *condition* de l'objet en question : l'être parfait, fort et honorable commandera; tandis que l'être imparfait, faible et grevé de devoirs obéira. Ce tableau est *naturel*, c'est-à-dire qu'il est conforme à l'*ordre* et à la *vertu*. Il ne faut surtout pas y toucher. Si quelque chose ne va pas, à un moment donné, ce ne peut être que par un mauvais fonc-

(1) *La Nouvelle Héloïse*, 4^e partie, lettre N^o 10.

tionnement, c'est-à-dire un renversement de l'ordre des choses. Il y a alors *vice*, dont est responsable celui qui a été assez corrompu pour sortir du rôle que lui assignait l'écrivain (dans une *copie conforme* de la Nature); par exemple quand a dominé « le sexe qui devait obéir ». Auquel cas il est urgent de remettre les choses en état, pour que ne soit plus « forcé d'obéir celui qui devait commander ».

III

Si nous nous sommes arrêtés sur l'opinion de Rousseau concernant la nature de la femme, ce n'est pas parce qu'elle représente l'état d'esprit de l'époque où il vécut. Ce sont les auteurs dont nous avons parlé en commençant qui représentent l'esprit général de la fin de l'Ancien Régime, justement parce qu'ils l'ont formé. Ils ont jeté au public un certain nombre d'arguments et d'idées qui gagnèrent très vite sa faveur. Rousseau, au contraire, ne *traduisit* pas son milieu, il l'*influença*, et avec un ferment tellement subtil qu'on ne le remarqua pas. On a pu parler d'influence à *retardement*. Sur le moment, on ne songe qu'à sa *philosophie du cœur*. Ses autres assertions sont négligées, elles ne frappent pas. C'est pour la *Nouvelle Héloïse* que l'on pleure. On ne cherche pas à contredire, mais à *sentir*, et on se sent remué par ces beaux sentiments, la tendresse conduit à la vertu et au bonheur.

Tacitement, cependant, les *jugements* de Rousseau utilisent la porte que la philosophie du cœur a ouverte dans la réceptivité des lecteurs, pour s'introduire en foule dans leurs cerveaux confiants. Comme l'esprit critique est à ce moment désarmé par l'attrait de l'attendrissement, des assertions qu'on n'a jamais discutées acquièrent droit de cité et s'installent si bien dans l'être qui les a reçues sans y prêter attention, qu'il croit les tenir de lui-même. Par l'intermédiaire du « tendre Rousseau », tous les préjugés qu'on a eu tant de mal à défoncer, vont reparaître après un court silence, en meilleure forme que jamais.

Car les rédacteurs du Code Civil furent nourris de Rousseau, autant que de Montesquieu. On l'invoque moins facilement, parce que son autorité ne peut servir de preuve, étant contestée. Mais on a été obligé par l'engouement général d'*en passer par* Rousseau. Les aperçus particuliers de celui-ci se sont insinués en même temps que sa philosophie du sentiment, et il reste toujours quelque chose de ces sortes d'emprises. Ce sont les ébranlements reçus dans la jeunesse qui pétrissent le plus durablement les individus.

Voici ce que Portalis pensait de Rousseau en 1763 : « Et ne

serait-il pas à souhaiter, dit-il en terminant son opuscule, qu'un aussi sublime esprit, tel que M. Rousseau, que j'encense dans le fond de mon cœur, lors même que je prends la liberté de le contredire, fût servir à notre instruction sans alarmer nos consciences les dons supérieurs que l'auteur de la nature lui a prodigués. Qu'il n'ambitionne plus le frivole honneur de penser hardiment, pour penser sainement. L'éloge des gens de bien le dédommagera amplement du persiflage des gens superficiels. Personne en France ne peut combattre Emile que M. Rousseau; il est le seul émule digne de lui-même ».

Portalès, à dix-sept ans, écrit contre Rousseau : il lui ressemble déjà, son argumentation elle-même le crie. Et son propre style, ces balancements magnifiques qui ont fait la célébrité de Portalès, et qui contribuent encore à sa gloire, ils portent, toute chaude, la marque de Rousseau. Portalès goûta dans l'œuvre de Rousseau ce qui était conforme à ses goûts : la rénovation du mariage, la douceur du foyer clos, les « délices du sentiment ». En même temps, il aspirait toutes ces nuances malsaines, où les passions du poète avaient traîné. Quelques-unes vont ainsi passer dans le Code Civil, mais heureusement tamisées par l'intermédiaire de Portalès, qui adoucira les chocs et arrondira les absolus, en les filtrant par sa qualité d'honnête homme et par ses vertus privées.

SECTION III. — LA FEMME MARIEE

1

Ce sont les dispositions légales sur l'*adultère* qui semblent avoir particulièrement choqué le monde du XVIII^e siècle. Les raffinements de cruauté en vigueur au XVI^e siècle, s'étaient cependant atténués avec l'adoucissement général des mœurs. Mais au XVIII^e siècle, le mari n'en a pas moins le droit, après réunion du conseil de famille, de faire enfermer l'épouse infidèle, rasée et voilée, pour toute sa vie, dans un couvent, ses biens étant partagés de son vivant. Une simple lettre de cachet suffit à l'époux trahi pour tirer de sa femme cette terrible vengeance. Si le droit pour le mari de tuer l'épouse surprise en flagrant délit n'est plus, comme au temps de Beaumanoir, inscrit en toutes lettres dans la loi, la jurisprudence du XVIII^e siècle reste favorable au mari trompé. « Le mari, dit un répertoire de jurisprudence au mot *adultère*, n'a pas le droit de tuer sa femme, mais s'il le fait, il obtient assez facilement des lettres de rémission ¹ ».

Les peines de l'*adultère* ne concernent bien entendu que la femme. D'ailleurs, quand les jurisconsultes de cette époque emploient le mot « *adultère* », il ne peut s'agir pour eux de celui qu'ils seraient susceptibles de commettre, mais toujours de celui dont ils ont la hantise d'être victimes ². Aussi, dans l'Ancien droit, l'*adultère* du mari n'est-il même pas un motif suffisant de plainte pour la femme qui ne peut demander la séparation que pour deux causes bien précises : les mauvais traitements du mari, au sens étroit d'attentat volontaire à sa vie ou à sa liberté ; la diffamation.

Or, dans la première moitié du XVIII^e siècle, la femme est considérée comme un être dont le but unique est de plaire. Ce n'est d'ailleurs pas une caractéristique de son sexe, mais un effet général de la mode, puisque les hommes folâtres de ce temps ont également pour principale ambition de plaire aux femmes. Et la vie mondaine absorbe tant nos brillants oisifs et oisives, qu'ils en viennent à penser « que la fidélité conjugale est ridicule et que la femme est en droit de vouloir plaire à tout homme, l'homme de trouver toute femme plaisante ³ ». D'autre part, dans la bonne société, la multiplicité des mauvais mariages a fini de son côté

(1) Nous empruntons tous ces renseignements à l'ouvrage cité de M. ABENSOUR.

(2) Cf. les discussions du Conseil d'Etat.

(3) A. DE LUPPÉ, *ouv. cité*, p. 22.

par secouer quelque peu le lien conjugal. Les mœurs non seulement tolèrent les accrocs de l'homme, ils ferment également les yeux sur ceux de la femme. Mais un retour offensif d'application stricte des lois peut intervenir, ce qui arrive d'ailleurs de temps en temps... Si bien qu'on aperçoit avec horreur la dissonance entre ces mœurs légères et les lois terribles.

D'autant plus que ces lois, dont l'application serait « ridicule » devant le « bon ton », sont bel et bien en usage dans les classes bourgeoises, où les maris, pour eux-mêmes très accommodants, sont restés chatouilleux sur le point de leur honneur conjugal. Dans ces classes d'ailleurs, la conduite est meilleure, les époux étant généralement mieux assortis et d'âges moins disproportionnés que dans la noblesse, et surtout la mode n'ayant pas encore fait une obligation de la frivolité. Là, l'inégalité flagrante de la loi garde tout son poids. Il n'y a donc pas que les mœurs dissolues pour plaider contre l'exagération des peines de l'adultère; la justice abstraite est invoquée par les bonnes mœurs elles-mêmes pour réprover cette *inégalité* devant l'adultère.

Aussi les philosophes entrent-ils dans la lice, au nom de l'égalité des sexes, dont le principe est accepté dès le milieu du siècle. On est outré de cette différence unique de traitement, de même qu'on commence à s'indigner du despotisme marital. De tous les côtés, les voix s'élèvent avec reproche. Voltaire, comme Montesquieu, discute la loi. « Nulle raison, dit Voltaire, pour que l'adultère, permis aux hommes par les mœurs, et presque par les lois, soit puni chez la femme comme une faute capitale ». « Que mon mari, dit une autre des porte-paroles de Voltaire, donne mon collier à une de mes rivales et mes boucles d'oreilles à une autre, je n'ai point demandé aux juges qu'on le fit enfermer chez les moines et qu'on me donne son bien. Et moi, pour avoir fait une fois ce qu'il fait tous les jours impunément, il faut qu'on me coupe les cheveux, qu'on m'enferme chez les religieuses, qu'on me prive de ma dot et qu'on donne tout mon bien à mon fat de mari, pour l'aider à séduire d'autres femmes et à commettre de nouveaux adultères ¹ ».

Le divorce même, qu'on préconise, est présenté comme un moyen de libération pour la femme. Montesquieu va jusqu'à dire : « ...Dans les climats où les femmes vivent dans un esclavage domestique, il semble que la loi doive permettre aux femmes la répudiation et aux maris seulement le divorce » ². Après lui, M. de Cerfvol écrit, qu'avec le mariage indissoluble, le mari « auquel la fortune et la personne de la femme sont garantis par l'irrévocabilité du pacte, peut pousser l'outrage jusqu'à l'excès, pourvu qu'il évite l'éclat. La femme est exposée aux sévices d'un tyran ».

(1) *Mémoire sur les femmes.*

(2) *L'Esprit des Lois* : Du Divorce et de la répudiation.

Même séparée, pense-t-il, la femme n'a pas, comme l'homme, reconquis sa liberté, puisque « si les lois divines condamnent également les dédommagements que les époux séparés peuvent se procurer, les lois humaines distinguent le sexe dans le crime. »

Dans ces conditions, quelle position allait prendre le Code Civil ? Allait-il retenir les lois traditionnelles, qui consacraient l'inégalité de traitement devant la même faute, allait-il se laisser entretenir par les sophismes de Rousseau, ou bien serait-il gagné par les arguments des philosophes éclairés qui avaient déjà conquis l'opinion ? Comme toujours, le Code civil donna une solution intermédiaire. C'est à propos du *divorce* que la question de l'adultère fut débattue au Conseil d'Etat. Le Code pénal, à qui il appartenait de définir le terme, n'étant pas encore terminé, deux questions se posaient aux législateurs : a) l'adultère serait-il une cause de divorce pour les deux époux ? b) dans l'affirmative, le sera-t-il dans les mêmes conditions ?

A la première question, on commença par répondre négativement, en adoptant une proposition de Défermon, suivant lequel « l'adultère du mari ne doit pas être une cause de divorce, parce qu'il est contre les mœurs et contre la décence de permettre à une femme de faire valoir une semblable cause ». Mais, sur les instances de Boulay, appuyé par Tronchet, contre Roederer, on finit par admettre l'affirmative. Voici l'avis de Tronchet : « Lorsque l'adultère n'est considéré que par rapport au divorce, tout doit être égal entre les deux époux ».

Cependant, une inégalité flagrante subsistait, en fait, puisque la définition de l'adultère était différente selon le sexe du coupable. La femme était adultère en tout lieu, tandis que le mari devait avoir « tenu sa concubine dans la maison commune ». Lacuée remarquait alors : « Punir l'adultère du mari dans ce cas seulement, c'est l'autoriser tacitement dans les autres ». Portalis avait tenté d'introduire un certain équilibre en décidant dans le projet que l'adultère de la femme, pour être cause du divorce, devait être « accompagné de scandale public, ou prouvé par des écrits émanés d'elle ». Mais ces conditions ayant été présentées surtout dans l'idée de restreindre les cas de divorce, le Premier Consul et Tronchet les firent retirer, ceci dans l'intérêt de la preuve de l'adultère, qui doit laisser le juge peser les circonstances.

Le Code pénal a d'ailleurs tristement suivi les errements des législateurs civils, en punissant très sévèrement l'adultère de la femme « en quelque lieu qu'il soit commis », tandis qu'il ne prononce *aucune peine*, contre le mari qui se rend adultère hors du domicile conjugal, c'est-à-dire le cas échéant, en face de la maison où son épouse est contrainte par la loi de résider, et prévoit une simple amende quand l'adultère a lieu dans la maison com-

mune. On aperçoit les conséquences de cette législation, pour le temps où la faculté du divorce fut abrogée.

Quelles raisons motivèrent ces solutions, tout au moins en ce qui concerne les législateurs civils ? Plusieurs à la fois, comme il convient. Roederer nous prévient, « qu'on ne doit pas accorder le divorce à la femme pour le concubinage du mari » parce que « jamais la loi n'a puni ces sortes d'écarts, même civilement; on a dit dans tous les temps : *tori conjugalis maritus solus vindex* ». Nous savons ce qu'enseignent *tous les temps* aux esprits du XVIII^e siècle, à savoir précisément la solution que chacun préconise. Quant à la maxime romaine que Roederer invoque, elle revient, dans notre cas, à faire juger le crime par le criminel lui-même... D'ailleurs, Roederer ne s'en tient pas là et prétend « qu'il serait contre les bonnes mœurs d'autoriser une femme à se plaindre que son mari la néglige et que ses soins sont pour une concubine ». Quelle était donc, dans la pensée de ce législateur, la définition des « bonnes mœurs » ? Nous retrouvons ainsi, au fond des raisonnements de plusieurs Conseillers d'Etat, cette idée vigoureusement défendue par Rousseau, que l'infidélité de la femme offense l'homme, porte atteinte à ses droits exclusifs sur elle, tandis que celle du mari, est, en quelque sorte, si naturelle, que les lois n'ont pas à s'en préoccuper...

Portalès reprend l'idée précédemment indiquée de l'expérience de tous les temps, qu'il ajoute à plusieurs autres arguments, dans son *E. des motifs du titre du mariage*. Voici le texte : « Le mari et la femme doivent incontestablement être fidèles à la foi promise, mais l'infidélité de la femme suppose plus de corruption, et a des effets plus dangereux que l'infidélité du mari : aussi l'homme a toujours été jugé moins sévèrement que la femme. Toutes les nations, éclairées en ce point par l'expérience et par une sorte d'instinct, se sont accordées à croire que le sexe le plus aimable doit encore, pour le bonheur de l'humanité, être le plus vertueux ».

On y retrouve l'argument cher à Rousseau, latent mais présent chez la plupart des Conseillers d'Etat : la femme a *naturellement* plus de devoirs, l'homme étant moins coupable parce qu'il a moins d'obligations. Qui a décrété la mesure de ces devoirs et de ces obligations ? Personne ne se présente pour nous l'indiquer exactement. Au reste, la phrase de Portalès, qui copie encore Rousseau, suivant laquelle l'adultère suppose chez la femme plus de corruption, nous renvoie au Tribunal des mœurs. Or, sur ce point, Lallement, un des biographes de Portalès, partage notre étonnement et répond équitablement : « Nous regrettons de trouver dans la bouche d'un homme qui a si bien parlé du mariage et de la famille cette pensée, malheureusement trop commune, que l'infidélité de la femme suppose plus de corrup-

tion que celle du mari. L'époux qui oublie ses devoirs et ses serments ne donne-t-il donc pas à sa compagne l'exemple flagrant du mépris des obligations les plus saintes ? L'épouse ainsi outragée n'apprend-elle pas, de celui qui avait juré de la protéger et de l'aimer, à violer ses propres serments ? Aux yeux de la loi morale comme devant la loi religieuse, la culpabilité est la même, si elle n'est pas plus grande de la part du sexe le moins faible et le plus maître de lui-même. Il eût été digne de Portalis de s'élever contre le préjugé, disons le mot, qui stigmatise l'épouse coupable et n'a que de l'indulgence pour l'époux infidèle ».

Quant à l'insertion relative aux *conséquences* prétendues différentes de l'adultère des deux sexes, que chacun des Conseillers tint à reproduire à son tour : l'introduction d'enfants étrangers dans la famille, nous n'arrivons pas à comprendre comment elle sert d'argument à l'inégalité de traitement. *Qui* a introduit dans une famille des enfants étrangers ? Pourquoi ne veut-on punir que la femme ? Rousseau a, ici encore, contribué à l'enracinement d'un préjugé antique dans les têtes les plus généreuses. Tronchet dit bien qu'à Rome, « il était juste d'établir une distinction qui servait à graduer la peine d'après les conséquences ». Mais, si on a pu graduer les peines d'après les conséquences d'un crime, est-ce un principe de *mesurer une faute d'après ses conséquences*, de *juger moralement* d'un acte d'après le danger qu'il comporte¹, comme dit et paraît penser Portalis ? Si au contraire, c'est la *raison d'Etat* qui, en quelque sorte, exige cette solution, Portalis aurait dû prévenir, comme il le fait d'ordinaire, car on est en droit de l'attribuer au *droit naturel*, c'est-à-dire à la morale, dont s'inspire Portalis dans les autres passages de ses discours législatifs.

Justement, nous sommes portés à croire que c'est le côté *politique* qui a prédominé chez tous les bons esprits de l'assemblée, parmi lesquels nous voulons ranger Portalis, malgré qu'il se soit laissé entraîner dans son argumentation par des préjugés que l'égoïsme et la vanité entretenaient chez quelques-uns de ses collègues, jaloux de leurs privilèges traditionnels. On voulait avant tout *restaurer* le mariage, que les lois révolutionnaires avaient déchu de son inviolabilité, le présenter comme une institution sainte, comme le ciment et la preuve de l'ordre national. Pour Portalis, c'était l'idée essentielle; il le dit bien en terminant son *E. des motifs* : « Nous en avons assez dit dans le projet de loi pour faire sentir l'importance et la dignité du mariage, pour le présenter comme le contrat le plus sacré, le plus inviolable, et comme la plus sainte des institutions ».

Or, on avait été frappé des débordements des femmes

(1) Le *danger* se présente *légalement*, par suite de l'application de la règle salutaire *pater is est quem nuptiae demonstrant*, qui attribue à l'homme les enfants de sa femme.

nobles du XVIII^e siècle, que la Révolution, trop contente de discréditer l'Ancien Régime, avait passablement amplifiés, que d'autres auteurs avaient utilisés et ressassés pour montrer les conséquences du scepticisme et de l'esprit philosophique. On croyait lutter contre cette dissolution de mœurs, en ne punissant que les femmes coupables, sans penser qu'il fût plus psychologique et plus efficace de prendre le mal à sa source en faisant peser une responsabilité égale sur les hommes qui séduisent les femmes, précisément parce qu'ils ne courent aucun risque. Cette solution, on n'y tenait guère...

Mais surtout, on ne voyait que la façade. On ne voulait se souvenir que de la corruption de la Cour, qui était tombée sous la guillotine. On ne voulait apercevoir que les dérèglements entretenus par la Révolution, l'instabilité, la crainte de la mort, alors qu'ils devaient cesser d'eux-mêmes avec le retour du calme, de la confiance et de l'espoir. On négligeait les innombrables vertus féminines cachées dans les foyers bourgeois, dans les fermes et dans les campagnes, qu'on avait l'air de mépriser par des lois de méfiance, et dont on faisait fi dans les discussions.

Le Premier Consul trouve les femmes de son temps trop libres : « Les femmes ont besoin d'être contenues dans ce temps-ci... Elles vont où elles veulent, elles font ce qu'elles veulent. C'est comme cela dans toute la République. Ce qui n'est pas français, c'est de donner de l'autorité aux femmes. Elles en ont trop. Il y a plus de femmes qui outragent leurs maris, que de maris qui outragent leurs femmes. Il faut un frein aux femmes qui sont adultères pour des clinquants, des vers, Apollon, les muses, etc »... Pourquoi ne pas s'attaquer directement au messager « d'Apolon » qui est sans doute marié, lui aussi ? Cambacérès ne veut pas que la mère soit tutrice de son enfant mineur : « Ce serait le réduire à une condition trop dure, que de l'abandonner à la discrétion de sa mère, lorsqu'il est parvenu à un âge voisin de la majorité... Il serait très extraordinaire qu'un fils fût privé jusqu'à vingt et un ans des biens que son père lui a laissés, et réduit quelquefois à voir ses revenus alimenter l'inconduite de sa mère ». Cette idée hante le Consul, qui préférerait sans doute que le fils fût juge de sa mère; pourquoi pas tuteur ? A vrai dire, ce sont en définitive les préoccupations personnelles qui dominèrent la majorité de nos législateurs, bien plus que l'intérêt de la République. Et voilà comment on donne une réputation frivole et corrompue, au pays du monde dont les mères ont le plus de sollicitude, et dont les femmes sont les plus courageuses.

II

Nous venons de voir que, par la faute de Rousseau, la condition de la femme est restée plus stricte que celle de l'homme, sous le Consulat, en ce qui concerne l'*adultère*. Or, c'est sur ce point qu'avaient porté les principales revendications de l'ensemble des auteurs et du monde du XVIII^e siècle. Eurent-ils plus d'action sur la condition *civile* de la femme, dans le Code ? Nous allons voir que leurs aspirations se brisèrent encore une fois contre le courant rétrograde qu'avait réveillé Rousseau.

Nous avons remarqué que les écrivains du siècle, en face des faits d'émancipation intellectuelle de nombreuses femmes et en face des mœurs plus libérables, avaient en majorité, quoique plus ou moins chaleureusement, plaidé la *capacité naturelle* de la femme. Rousseau, qui avait tourné le dos à la même réalité, au nom de son *système*, voyant dans les femmes les responsables d'un « état social » qu'il réprouvait *a priori*, prêchait à l'inverse le *retour à l'incapacité naturelle* de la femme, et faisait de celle-ci non seulement la servante, mais l'esclave de l'homme. C'était exactement le langage des lois : « Le mari, nous dit Pothier, a pleine puissance sur sa femme et les biens de sa femme. Il a le droit d'exiger tous les devoirs de soumission qui sont dus à un supérieur ¹ ». Rousseau se piquait bien d'être en avance, mais il se contentait pourtant de reproduire dans ses théories les plus antiques préjugés, en traitant la femme précisément comme les lois, sinon les mœurs de son temps, la considéraient.

Si les législateurs du Code Civil, dédaignant les considérations philosophiques, se retrempèrent comme nous allons le montrer, dans la *tradition juridique*, ce n'est pas que les philosophes n'eurent aucune influence sur leurs idées. Bien au contraire. Il ne s'agit pas proprement d'une « réaction de l'esprit juridique contre l'esprit philosophique », comme l'indique en général M. Sagnac ². Cette tradition juridique qui allait triompher avait été *portée* par la philosophie, et la genèse du mouvement de recul opéré par le Code Civil se montre clairement en ce qui concerne la question de la femme mariée : le courant philosophique se détachant en deux tronçons, dont l'un combattait et l'autre corroborait la tradition juridique, on adopta plus facilement cette dernière conception qui avait à la fois l'avantage d'être la plus ancienne (*dans tous les temps*) et la supériorité de se présenter la dernière en influence (Rousseau : la *nature* de la femme !...)

Les lois en vigueur enseignaient apparemment deux choses. D'une part, l'incapacité constitutionnelle de la femme, c'est-à-

(1) *Traité de la puissance maritale*, Orléans, 1774.

(2) *Ouv. cité*, p. 388. Voir, pour la distinction terminologique, *supra* p. 144.

dire son développement physiquement inférieur ou bien son imperfection intellectuelle. D'autre part, l'idée que, dans l'association conjugale, il faut une tête, qui se trouve être *naturellement* le mari. La première idée servait de base à la législation romaine¹, notamment par le fameux sénatus consulte Velléen qui protégeait le sexe faible contre lui-même, en s'étayant sur sa « fragilitas » et son « imbecillitas ». Cicéron nous dit, dans son *pro Muroeno*, que les femmes sont pour toujours en puissance de tuteurs à cause de l'infirmité de leur jugement. La deuxième idée est attribuée aux pays de coutumes, dont elle serait l'unique argument, en ce qui concerne la condition de la femme mariée.

Telle semble bien être en effet, pour Guy Coquille, qui croit à l'égalité naturelle des sexes, le fondement exclusif de la situation légalement précaire de la femme : « Puisque la jeune fille, dit-il, est, avant son mariage, aussi capable que l'homme, est-ce que le mariage lui enlèverait l'intelligence dont la nature l'a pourvue ? » Pour lui, la puissance du mari, qui aboutit à anihiler la valeur de la femme, joue « par accident » : « La personne de la femme est libre; et si elle n'était mariée et fust en âge compétent pour contracter, nul ne douterait qu'elle ne peut valablement contracter et s'obliger. Pour quoy nous ne devons nous aider de cette ancienne loy des Romains, que les femmes fussent en perpétuelle tutelle. Car si ce n'est en minorité ou en mariage, les femmes au fait des contrats, sont en liberté comme les hommes. C'est donc la puissance du mary qui les empêche de contracter. Cette puissance n'est pas empêchement essentiel, et en la mesme personne de la femme; mais en dehors et par accident. La femme donc en soi est habile à contracter; et l'accident qui l'empêche estant osté, son obligation, qui a pris source de sa volonté, en laquelle elle était libre, reprend sa vigueur, qui était obumbrée et couverte par la puissance de son mary². »

Mais Coquille prend bien soin de nous dire en commençant que son opinion est loin d'être générale dans les pays de coutumes, et que « Du Moulin aurait blâmé de témérité de jeunesse » ceux qui la soutiennent. Pothier lui-même, après avoir écrit : « La femme n'a pas la raison plus faible que les filles ou veuves qui n'ont pas besoin d'autorisation », ne se contente pas de l'*autorité maritale*, puisqu'il ajoute : « L'acte de la femme qui contracte ou paraît en justice sans autorisation du mari est blessant pour l'honnêteté³ ». Il y a donc autre chose, chez les légistes coutumiers, que l'unité de direction dans la famille. D'ailleurs, comment l'idée de « direction unique »

(1) On a coutume de le dire, bien que ce ne soit pas entièrement exact, surtout si on tient compte des améliorations intervenues.

(2) *Questions et réponses sur les coutumes de France*, Paris 1634, ch. C.

(3) *De la communauté*.

équivaldrait-elle à « direction du mari », s'il ne se surajoutait un troisième terme qui fit pencher la balance vers l'équilibre des deux équations ? Ce ne peut être l'idée d'incapacité naturelle de la femme, puisque, Guy Coquille en est un bon exemple, on n'y croit pas forcément.

En réalité, il existe au cours des âges et chez les différents peuples dont les institutions ont agi sur le Code Civil, un fondement à la législation restrictive des droits de la femme qu'on omet invariablement. L'idée semble si *naturelle* aux législateurs et commentateurs qu'elle ne les frappe aucunement. Quand on donne aux règles positives de l'autorité maritale deux fondements aux choix ou cumulativement, à savoir : l'unité nécessaire de direction du ménage; l'infériorité *naturelle* de la femme, en en faisant deux arguments, en eux-mêmes distincts, on laisse de côté la raison principale, celle qui les relie et les corrobore. Il s'agit de la « puissance du mari », c'est-à-dire ce pouvoir personnel de l'homme sur sa femme, qui n'a rien à voir avec la *capacité* de la femme, ni avec la direction morale ou pécuniaire du ménage. Il les *sous-tend*, et est si bien enraciné chez la majorité des représentants du sexe qui se l'attribue, que les lois leur auraient paru étranges, si elles s'en étaient écartées dans leurs solutions.

Pour prendre deux exemples : chez les Romains, cette idée se traduisait par la « manus », sorte de droit de propriété du mari sur la femme; chez les auteurs coutumiers, par cet « accident » dont parle Guy Coquille, puissance intrinsèquement souveraine, maîtresse en soi, qui « obumbrit » la capacité naturelle de la femme. Pour tout dire, l'homme (opposé à femme) est une créature d'essence indépendante, originellement douée d'une perfection qui n'appartient qu'à elle. C'est une idée d'origine aristotélitienne qui, répandue particulièrement au Moyen Age, est non seulement entrée dans les coutumes qui se formèrent à cette époque, mais imprégna durablement les jurisconsultes des siècles suivants.

D'après la théorie d'Aristote, il y a, dans la cité, la famille, la maison, un certain nombre d'éléments spécialisés qui sont l'homme, la femme, les enfants, les maîtres, les esclaves. « Chacun de ces éléments a sa fonction propre qui est définie par sa nature même. S'il l'accomplit entièrement, il atteint sa réalité la plus haute. S'il s'y dérobe, s'il cesse de remplir sa fonction, le désordre se met aussi bien dans la cité, la famille ou la maison que dans les âmes individuelles. En particulier l'*esclave*, physiquement et moralement inférieur à l'homme libre, ne saurait avoir les mêmes fonctions que lui. Il est fait par nature pour servir, comme une machine ou comme un outil animé¹ ». De l'esclave à l'homme, en passant par la femme libre, il y a *hiérarchie*.

(1) V. A. RIVAUD, *Les grands courants de la pensée antique*.

L'idée fit son chemin, entra dans la philosophie de Saint-Thomas et, mêlée à la conception *créationiste* du monde et au dogme du péché originel, aboutit à la théorie, si populaire au Moyen Age, que Dieu a créé l'homme et la femme pour des destinations différentes, la femme, être par nature imparfait et spirituellement corrompu, étant *faite pour l'homme*, qui est son *maître*, l'homme étant seul vraiment et directement *serviteur* de Dieu. Domat recueille la distinction quand il dit : « Comme la nature qui distingue le mari de la femme, et les parents des enfants, ne distingue pas de même les autres hommes, mais les rend égaux, Dieu en distingue quelques-uns pour leur donner une autre sorte de puissance¹ ». A la *royauté* de droit divin correspond l'*autorité maritale de droit divin*.

Cette conception plus ou moins *théologique* de la puissance maritale nous paraît avoir influencé au plus haut point les législations dont s'inspira le Code Civil, et notre législation elle-même. En effet, elle est admise par la majorité des hommes qui y tiennent comme à un privilège si manifeste, qu'ils sont souvent arrivés à en convaincre les femmes. On conçoit d'ailleurs l'inviolabilité d'un droit que les hommes tiennent de la nature ou de Dieu. C'est ainsi notamment que le considèrent les Conseillers d'Etat, comme un droit incontestable, indiscutable, sacré. C'est par suite une des fondations « naturelles » ou « divines » sur lesquelles on édifia les lois qui nous régissent au XX^e siècle, vaste construction posée sur un finalisme d'époque.

Chez Aristote, tout est fait pour le citoyen, qui doit arriver, avec l'aide des organismes inférieurs, à la meilleure vie possible. Chez les différents législateurs, c'est la même chose. Comme on n'admet plus les esclaves, classe d'hommes spécialement créés pour l'usage des citoyens, on ne peut plus tenir le raisonnement qu'en ce qui concerne les femmes. On prend ce qu'on a vu « dans tous les temps », on en déduit que c'est la « nature de la femme », et on conclut bientôt que sa « fonction » propre, celle pour laquelle l'a créée Dieu, consiste à accomplir cette « nature ». Celle-ci est déterminée suivant les auteurs avec les variations les plus contradictoires; les résultats de l'observation de « tous les temps » sont des plus disparates; mais la « fonction » n'en reste pas moins toujours la même dans l'esprit des légistes, fonction qui dirige la « condition » qu'ils accordent par suite à la femme.

III

Au Conseil d'Etat, les trois idées que nous avons énoncées sont défendues *tour à tour* par les différents rédacteurs qui adop-

(1) *Court Traité*, p. 16.

tent au choix la première ou la deuxième, mais toujours la troisième, et *cumulativement* par Portalis. a) Idée que la femme est si faible qu'il faut la protéger, même contre elle-même. b) Nécessité de direction unique. c) Dogme du droit marital, naturel et imprescriptible. Nous allons nous détacher des textes positifs, qui sont couramment étudiés, pour nous en tenir à l'*esprit* de la législation. Celui-ci fut discuté relativement à deux questions : la tutelle; les droits respectifs des époux et le contrat de mariage.

La femme peut-elle être tutrice, c'est-à-dire est-elle capable d'administrer un patrimoine ? L'oracle « tous les temps » est assez peu précis. Pour Cambacérès, il répond « non » : « Dans tous les temps, la mauvaise administration des tutrices a fait naître une foule de procès ¹ ». Il répond « oui », pour Tronchet, Réal et Maleville, qui trouvent qu'« il y a beaucoup de femmes capables de bien administrer un patrimoine » ²; qu'« autrefois, et lorsque la majorité était fixée à vingt-cinq ans, les tutelles des mères engendraient peu de procès; qu'elles en font naître encore moins depuis que la majorité est fixée à vingt et un ans et qu'en général elles sont peu dispendieuses » ³ et « qu'on voit souvent des veuves rétablir l'ordre dans les affaires de leurs maris » ⁴.

La « nature de la femme » tient avec autant de clairvoyance son rôle de pythie, en satisfaisant tout le monde. Pour Cambacérès, « toute femme est présumée avoir besoin d'un tuteur, et... la mère ne peut être admise à la tutelle que par exception. Mais, comment adopter un article qui exige tant d'exceptions et tant d'explications ? Il y aurait bien moins de difficultés à permettre au père d'exclure sa femme de la tutelle : il peut, mieux qu'un autre, juger si elle a la capacité nécessaire » ⁵. Au contraire, pour Tronchet, c'est « le vœu de la nature, qui appelle la mère de préférence à tous autres parents » ⁶; de même pour Berlier qui « fait observer... que si l'usage a longtemps établi sur ce point, entre le père et la mère, une différence désavouée par la nature, il est temps de restituer à celle-ci (la mère) les droits qu'ont réclamés pour elle tous les projets présentés depuis dix ans » ⁷.

La *justice* tente timidement de dire son mot, par la bouche surtout de Tronchet et de Berlier. Sur la question de savoir si la mère aura l'usufruit des biens du mineur, Tronchet « pense qu'il est aussi juste de le lui accorder sur les biens laissés par le père, que de l'accorder au père sur les biens laissés par elle »

(1) Locré, t. 7, p. 152.

(2) TRONCHET, *ibid.*, p. 152.

(3) RÉAL, *ibid.*, p. 154.

(4) MALEVILLE, *ibid.*, p. 155.

(5) *Ibid.*, p. 151.

(6) *Ibid.*, p. 150.

(7) *Ibid.*, p. 154.

et que les motifs qu'on allègue contre la mère « devraient aussi faire refuser au père l'usufruit des biens de la mère ». Il ajoute « que l'usufruit des biens des enfants mineurs est accordé pendant le mariage, au père et à la mère conjointement, comme une récompense de leurs soins; que le même motif subsiste après le mariage et ne permet pas de faire de distinction entre eux »¹. Berlier complète l'argumentation de Tronchet : « Si la mère est tenue de suppléer aux revenus de son enfant en cas d'insuffisance, pourquoi ne profiterait-elle pas de l'excédent s'il y en a ? qu'y a-t-il en cela qui choque la justice ? »².

Mais le *dogme*, qui veillait pendant cet échange aigre-doux, l'interrompt brusquement. Il n'admet pas la discussion : « La distinction qu'il (Cambacérès) fait entre le père et la mère vient de ce qu'il n'admet de puissance que dans ce dernier³ ». Seules les mères ont le privilège d'être des « parents indignes », cela n'est jamais arrivé aux pères, pense le même conseiller : « Le législateur assied ses lois sur une base fausse, lorsqu'il les fait dans la supposition qu'il n'existe que de bons parents. Le législateur doit supposer, au contraire, qu'il peut y avoir des pères et des mères indignes de leur caractère, et contre lesquels il est nécessaire de prendre des précautions. Or, il paraît dur d'obliger un jeune homme de vingt ans à mendier en quelque sorte une somme légère dont il a besoin, d'une mère qui consomme tous les revenus des biens que lui a laissés son père⁴ ». « Le droit de nommer un tuteur dérive de la puissance paternelle... Les Romains n'avaient placé la tutelle légitime qu'après la tutelle testamentaire ». Il préconise de « laisser au père le droit de choisir le tuteur de ses enfants » et de « ne faire commencer la tutelle légitime de la mère que lorsqu'il n'y a pas de tutelle testamentaire ». Il ne faut surtout pas violer le droit éminent du souverain...⁵

En ce qui concerne les contrats de mariage, la question des rapports personnels des époux n'était pas seule en jeu quand on cherchait à savoir si l'autorité maritale est toujours d'ordre public, si la femme peut se réserver le droit d'administrer certains biens, etc. Ce n'était pas une question de *capacité de la femme*. Il s'agissait de décider si on consacrerait ou non telle tradition, si on suivrait telle coutume qui accordait le droit, ou telle autre qui le niait. Par exemple, Portalis, qui n'est pas très généreux pour accorder en général une capacité à la femme, et qui donne volontiers au père et au mari un pouvoir presque « romain », se décide soudain à plaider chaleureusement le droit

(1) *Ibid*, p. 153.

(2) *Ibid*, p. 154.

(3) *Ibid*, p. 153.

(4) *Ibid*, p. 154.

(5) *Ibid*, p. 168.

de disposition de la femme, en ce qui concerne ses parapher-naux¹. Il explique d'ailleurs lui-même les raisons de son geste : « On veut que la femme ne puisse, en aucun cas, vendre ses biens sans l'autorisation de son mari; mais si on a l'intention de conserver réellement le droit écrit, il faut permettre à la femme de se réserver le droit de vendre ses biens parapher-naux. Cette faculté ne blesse ni les mœurs ni l'ordre public. Si on la refuse, on ramène tout au droit coutumier, en semblant néanmoins laisser sa force au droit écrit² ».

Ceci dit, l'autorité maritale est-elle d'ordre public ? L'affirmative ne fait aucun doute, en ce qui concerne justement la puissance personnelle du mari sur sa femme. « Cette stipulation serait sans doute contre l'ordre, qui mettrait la femme au-dessus du mari, ou qui changerait de main la puissance sur les enfants »³. « La question est purement de savoir si l'on peut déroger à la puissance maritale et aux attributions que la loi lui a faites ou lui fera. La négative ne saurait faire un doute »⁴. Une des origines de la règle est donnée par Tronchet : l'autorisation maritale fut établie par la coutume de Paris « parce que le mari est le premier conseil de sa femme, et comme un devoir résultant du respect qui lui est dû »⁵.

C'est Treilhard qui exprime le plus nettement et, pourrions-nous dire : le plus crûment, le véritable *esprit* des législateurs, en se considérant comme le ministre et le hérault de la nature : « Le mari est, par la nature même des choses, le maître et le chef de la société; car, dans toute association, un seul doit commander, et ce doit être celui à qui la nature a donné le plus de moyens pour la bien gouverner ». L'unité de direction qu'on invoque généralement bien fort est un trompe-l'œil, derrière lequel toujours se dissimule plus ou moins bien, le droit divin de l'homme, seigneur et maître de la femme.

IV

Portalès commence par prendre position relativement aux philosophes du XVIII^e siècle, en s'élevant au-dessus de leurs querelles : « On a longtemps disputé sur la préférence ou l'égalité des deux sexes. Rien de plus vain que ces disputes. On a très bien observé que l'homme et la femme ont partout des rapports, et partout des différences. Ce qu'ils ont de commun, est de l'espèce; ce qu'ils ont de différent est du sexe. Ils seraient moins disposés à se rapprocher s'ils étaient plus semblables. La nature

(1) Biens personnels de la femme restant en dehors des « biens dotaux » qu'administre le mari.

(2) Loqué, t. 13, p. 163.

(3) PORTALIS, *Ibid.*, p. 163.

(4) BERLIER, *Ibid.*, p. 164.

(5) *Ibid.*, p. 164.

ne les a fait si différents que pour les unir »¹. Il devrait donc garder cette position supérieure, et observer les faits « qui sont la nature » d'après sa propre philosophie, pour en déduire la situation des époux et, puisqu'il tient à la déterminer, la place de la femme. Au lieu de cela, il reprend servilement l'idée de la « nature de la femme » telle que « tous les temps » la lui présentent, c'est-à-dire qu'il construit la femme avec ses préjugés et ses désirs, avec le même arbitraire qu'il a établi précédemment la « nature de l'homme »².

La conséquence de l'idée exprimée dans la citation que nous avons faite paraît être que l'homme et la femme forment un ensemble complet et cohérent, dont chacun est membre et seulement partie. Or, au lieu de légiférer sur l'homme *et* sur la femme, Portalis se penche avec un état d'esprit différent sur chacun de ces êtres, l'un étant une sorte de *droit commun*, l'autre une exception, nécessaire sans doute, mais négligeable, *parce que* soumise. On aperçoit l'influence de l'idée que nous avons exposée, qui fut acclimatée chez Portalis par Rousseau, que l'homme est un tout complet, un produit arrivé à son développement constitutionnellement parfait, tandis que la femme n'est qu'une ébauche, « les femmes ne sont que des grands enfants »³, un être sans maturité, et relativement imparfait, destiné à obéir à son « maître ». C'est précisément ce supérieur hiérarchique qui fait la loi : « Nous souffrons dans un sexe aimable... »⁴.

Portalis nous parle de la « prééminence du sexe », du « maître », qui est le « chef » du Gouvernement domestique, qui « administre tout... surveille tout, les biens et les mœurs de sa compagne »⁵. Mais il ne veut pas avoir l'air de s'en tenir à cet empire indiscutable. Il invoque, pour le justifier, la nécessité de *direction unique* : « L'obéissance de la femme... est une suite nécessaire de la société conjugale qui ne pourrait subsister si l'un des époux n'était subordonné à l'autre »⁶. Nous avons vu que cette dernière idée n'explique et surtout ne justifie rien par elle-même, puisqu'on ne la soutient jamais qu'accompagnée de la *puissance maritale*, comme si elle lui était mathématiquement équivalente.

Toutes les solutions ne s'expliquent d'ailleurs pas par la « puissance du mari », puisque, quand celle-ci disparaît, la femme ne redevient pas *ipso facto* capable : elle doit se soumettre à l'autorisation du juge : « Les droits du mari ne sont suspendus, dans tout le reste, que par son interdiction, son absence, ou toute autre cause qui peut le mettre dans l'impos-

(1) *E. des m. du titre du mariage.*

(2) *V. Supra*, le ch. « la nature ».

(3) ROUSSEAU. Voir la section précédente.

(4) *E. des m. du titre du mariage.*

(5) *Discours préliminaire.*

(6) *E. des m. du titre du mariage.*

sibilité actuelle de les exercer; et, dans ces hypothèses, l'autorité du mari est remplacée par celle du juge. — L'autorité du juge intervient encore si le mari est mineur. Comment celui-ci pourrait-il autoriser les autres, quand il a lui-même, besoin d'autorisation ? »¹. Le Code se méfie donc des capacités naturelles de la femme, mais de préférence dans les cas où le mari, quoique interdit ou mineur, pourrait se sentir gêné dans sa souveraineté par les initiatives de sa femme qui, jeune fille ou veuve, aurait toute latitude.

Laissant de côté l'argument superficiel de l'unité de direction, qui n'est qu'un paravent, voyons exactement ce qu'entendait Portalis par faiblesse de la femme. Nous en signalerons les conséquences, que nous éclairerons par le postulat sous-jacent de la puissance du mari. Voici le texte de Portalis : « La femme a besoin de protection parce qu'elle est plus faible; l'homme est plus libre, parce qu'il est plus fort. La prééminence de l'homme est indiquée par la constitution même de son être, qui ne l'assujettit pas à autant de besoins et qui lui garantit plus d'indépendance pour l'usage de son temps et pour l'exercice de ses facultés. Cette prééminence est la source du pouvoir de protection que le projet de loi reconnaît au mari »².

En quoi consiste exactement pour Portalis l'incapacité de la femme ? La femme est-elle moralement inférieure ? Nous sommes intimement persuadés que Portalis n'y songeait pas lui-même. Il avait eu l'occasion dans sa vie de rencontrer trop de femmes capables et même de femmes de valeur pour soutenir en conscience une pareille opinion. Indépendamment de Mme Portalis, en les facultés d'intelligence et d'organisation de laquelle il s'est plus d'une fois confié, il considérait la Comtesse de Rewentlow comme une des personnes les plus lettrées et les plus harmonieusement douées qu'il ait eu occasion de connaître. Il pensait d'autant moins à nier la capacité générale de la femme de gérer et de disposer de ses biens, que le droit écrit lui reconnaissait un droit presque absolu sur ses paraphernaux.

S'en tient-il seulement à une infériorité d'ordre physique ? Le fait est là; l'homme est plus fort, soit. Mais, Portalis connaissait-il la réponse anticipée de Mlle de Gournay : « C'est une vertu si basse que la bête en tient plus par-dessus l'homme que l'homme par-dessus la femme » ? Nous ne voulons pas faire à Portalis l'injure de lui attribuer la pensée de pourvoir le plus fort d'un droit, parce qu'il est le plus fort. Il s'agit pour lui d'une *protection* que le plus fort doit accorder au plus faible. Mais pourquoi fait-il dériver d'une supériorité *physique* une conséquence *morale* : l'obéissance de la femme ? En effet, cette protection, qui devait être par son origine d'ordre exclusivement matériel, devient bien vite un

(1) *E. des m. du titre du mariage.*

(2) *E. des m. du titre du mariage.*

pouvoir d'ordre moral, mis à la discrétion du mari. C'est que, tandis que la capacité intellectuelle de la femme lui suffit d'ordinaire pour se conduire, le mariage la rend dépendante du *droit* éminent du mari sur sa personne et sa volonté, droit qu'il tient de la volonté divine et du vœu de la nature.

Le *droit* inhérent à la qualité d'homme exige l'obéissance de l'être qui lui est destiné, de même que la *protection* du mâle ne peut s'exercer qu'avec la soumission de l'être qui lui est confié. Portalis confond les deux sources d'obéissance de la femme dans la formule suivante : « L'obéissance de la femme est un hommage rendu au pouvoir qui la protège »¹. Portalis tire donc l'obéissance de la femme de deux côtés à la fois, d'une part de la faiblesse physique de la femme qui exige une *protection*, d'autre part de cette *puissance* presque surnaturelle du mari, dont la seule présence anihile, même à distance, toute volition contraire. Et voici comment le *droit* personnel du mari a coïncidé avec le *pouvoir* de protection que l'apparente faiblesse de la femme semblait réclamer.

On remarque ou on admet que la femme est faible. On en déduit qu'il faut la protéger contre les plus forts. Pour cela, on la destitue de tout droit, et on remet sa personne en garde à un parmi les plus forts. Mais il se trouve que ce protecteur est d'une *nature* spéciale. Contre lui, aucun droit ne peut subsister, tout doit plier et s'assombrir. Sa personnalité doit absorber à elle seule toutes les prérogatives que sa pupille avait originairement envers tous. On n'aperçoit pas l'énormité de la situation qui permet de confier un pouvoir d'origine *altruiste*, à une personne déjà pourvue d'un droit particulier et *égoïste*. Et ceci vis-à-vis d'un être identique, par hypothèse plus faible, en même temps assujetti et protégé... Au lieu d'armer le plus faible contre le plus fort par des *droits*, on l'étrangle de *devoirs*, tandis qu'on accumule sur le plus fort des *pouvoirs* doublés d'obéissance.

De même que le Code, pour équilibrer la faiblesse de l'ouvrier avec la force du patron (capital-argent), augmente les droits du patron contre l'ouvrier; de même, pour protéger la femme par hypothèse plus faible, contre le mari (capital-force physique), il augmente les droits du mari sur la femme. Les rédacteurs semblent cependant se soucier de la défendre contre le pouvoir même du mari, dans quelques dispositions qui seraient les contre-parties de son incapacité d'exercice. Mais ces dispositions sont illusoires, pour la bonne raison de la puissance personnelle du mari, tant qu'elle dure, c'est-à-dire jusqu'à la dissolution du mariage, leur est un obstacle infranchissable. Même les actes illégaux ou les détournements de pouvoir du mari, ne peuvent avoir en principe leur sanction qu'à cette époque². La femme n'a pas le droit de

(1) *E. des m. du titre du mariage.*

(2) Sauf le cas de séparation de biens judiciaire, qui n'améliore que très peu de chose.

troubler durant le mariage, par des discussions dont le mari n'a que faire, l'omnipotence souveraine de son maître.

Ces dispositions, d'ailleurs, qui sont destinées à permettre à la femme de réparer les erreurs, les fautes, ou les abus de pouvoir de son mari, ne concernent en tous cas que ses *biens*. Au point de vue *personnel*, aucune limitation n'est prévue au despotisme éventuel de l'homme. C'est une application de la *théorie de la femme chose*, de la *femme objet*. La liaison entre la propriété et l'autorité maritale et paternelle existait en fait chez les Romains. Les législateurs du XIX^e siècle ont, sans s'en douter, fondé leurs textes sur le droit du plus fort.

En somme, on *observe* d'abord la présentation différente des deux sexes. Puis, comme la puissance de l'homme *s'impose* par elle-même, on *juge* la nature de la femme inférieure à la sienne. On *décète* ensuite l'obéissance de la femme, puis on la *néglige*, justement parce qu'elle doit obéissance. C'est ainsi, en gros, que procède Portalis. Napoléon ne raisonne pas autrement. Il commence par poser l'autorité maritale de droit divin : « L'ange l'a dit à Adam et Eve ». Puis il reproche aux femmes de ne faire que ce qu'on leur permet : « Les femmes ne s'occupent que de plaisir et de toilette ». Tout en appréciant leur utilité, il les méprise pour leur obéissance : « Si l'on ne vieillissait pas, je ne voudrais pas de femme ». Il conclut pour le renforcement de leur subordination : « Ne devrait-on pas ajouter que la femme n'est pas maîtresse de voir quelqu'un qui ne plaît pas à son mari ? »

Pourtant, nous nous refusons à croire que Portalis, si ami de la liberté, de l'équilibre et disciple fervent de Montesquieu, ait voulu consacrer un droit *absolu* du mari. Il se laissa faire par les autorités du Conseil d'Etat, qui prétendaient par exemple : « L'obligation où est la femme de suivre son mari est générale et absolue »¹. Mais il disait lui-même : « ...Mais l'administration du mari doit être sage et sa surveillance modérée; l'influence du mari se résout bien plus en protection qu'en autorité; c'est le plus fort qui est appelé à défendre et à soutenir le plus faible. Un empire illimité sur les femmes, tel que nous le trouvons établi dans certaines contrées, répugnerait autant au caractère de la nation qu'à la douceur de nos lois. Nous souffrons, dans un sexe aimable, des indiscretions et des légèretés qui sont des grâces; et sans encourager les actions qui pourraient troubler l'ordre et offenser la décence, nous écartons toute mesure qui serait incompatible avec la liberté publique »².

De même que Portalis fait confiance aux lois et règlements à venir pour « désabsoluer » le droit de propriété, de même, pour limiter les abus possibles de l'autorité maritale, Portalis compte

(1) Le PREMIER CONSUL, Locré, tome 4, *Titre du mariage*.

(2) *Discours Préliminaire*.

sur les mœurs. Que présentaient donc les mœurs de l'époque ? quelle était, dans la *réalité*, la situation et le rôle des femmes ? C'est ce que nous allons brièvement examiner, avant de conclure sur l'antinomie flagrante entre les lois et les mœurs de l'époque.

V

Les femmes nobles parisiennes nous sont assez bien connues. Leurs salons, leurs lumières, leur liberté d'action, leur ouvrent un rôle de choix dans le filtrage de la bonne société. Elles lancent les philosophes, consacrent les écrivains, et donnent du poids aux hommes de science. Leur grâce, leur bon accueil, leur conversation aisée attirent les lettrés étrangers qui en font le centre de la France, et rapportent chez eux l'amour, le respect et l'influence de la patrie des lettres et des arts, qu'ils ont puisées dans les réunions brillantes qu'organisaient des femmes élégantes et fines, pleines de tact, d'instruction et habiles à retenir l'intérêt du personnage influent sur les charmes de la langue française, la douceur de vivre au beau pays de France et le bon goût de ses habitants.

Mais, en province également, la femme de qualité est le point d'appui de la vie mondaine, et même de la vie politique locale. Les *Souvenirs* du Comte Portalis nous présentent quelques-unes de ces femmes éminentes, intelligentes et expertes, dont les salons sont en quelque sorte les héritiers des « cours » des anciens *Gouverneurs de Provence*, de très grands seigneurs. « Leur cour réunissait, nous rapporte le Comte, à l'instar de celle des comtes¹, l'élite de la noblesse provençale qui se piquait d'être lettrée, lorsque partout ailleurs elle faisait parade de son ignorance ». La maison de Mme d'Albertas notamment, la femme du Premier Président de la Cour des Aides, fut le foyer d'où partit la renommée brillante de Portalis. La mère « était extrêmement distinguée par son esprit naturel ». La fille « depuis Mme de Panisse était aussi instruite que spirituelle... Chez Mlle d'Albertas, les charmes de l'esprit, une raison aimable et éclairée compensaient la grâce et la beauté que la nature lui avait refusées; elle aimait passionnément les lettres et l'étude. Ces rares qualités inspirèrent à mon père un attachement sérieux, digne d'elle et de lui. Cette liaison fut remarquée et ne fut jamais calomniée; elle fut durable. La malignité respecta le caractère des deux jeunes gens, qui n'étaient eux-mêmes ni malins ni médisants. Une amitié de la vie fut la suite de ce premier engagement »². Les femmes de la noblesse provençale sont donc très libres, et se servent de leur instruction

(1) Les Comtes de Provence étaient les maîtres héréditaires du pays.

(2) *Souvenirs du Comte*, f. 51 et 52.

et de leur esprit pour déployer et faire rayonner les lettres et les arts, tout comme les mondaines parisiennes.

Ces femmes ont aussi un rôle dans la vie économique et sociale de la fin de l'Ancien Régime. Citons M. Abensour, qui a étudié de très près toutes ces questions. « Il s'en faut de beaucoup que, dans la vie des familles provinciales, la femme se contente du rôle effacé de docile épouse et de fileuse de laine. Nous la voyons déployer à maintes reprises une habileté, une initiative, un goût de l'intrigue qui, dans d'autres milieux, feraient une femme politique et qui se dépensent pour un terrain moins vaste pour le plus grand bénéfice de la famille dont la femme apparaît autant que le mari, comme le représentant à l'extérieur »¹. Leur existence est souvent dure; il faut joindre les deux bouts; la misère des paysans rejaillit sur les hobereaux. « Veuves, vieilles filles ou simplement seules dans leur château, parce que leur mari est parti au service du roi, les femmes nous apparaissent comme sachant mettre en valeur leur patrimoine avec habileté et énergie¹. Elles introduisent de nouveaux procédés de culture, créent de nouvelles industries et sont bien souvent à l'affût des progrès.

Les femmes bourgeoises sont différentes suivant leur condition. Les femmes parlementaires rivalisent avec les mondaines. Elles s'environnent de luxe, s'instruisent, prennent part au mouvement politique et littéraire. Elles sont plus profondes que les femmes de la Cour, plus austères aussi. Elles sont très sévères sur le chapitre des mœurs, et restent des championnes de la morale traditionnelle, contre les légèretés des nobles. Les ménages parlementaires sont généralement bons². « Une liberté mutuelle très grande, pas trop de jalousie parce que l'on est sûr l'un de l'autre, mais un sincère et profond attachement, mieux de l'amour »³.

Les femmes de la moyenne bourgeoisie se préoccupent moins de politique, et plus de la conduite de leur ménage. Le mariage est d'ailleurs pour elles la grande affaire. Elles vivent étroitement unies avec leur mari, pour qui elles sont une compagne fidèle, et ne sont pas entièrement dégagées de l'autorité maritale. Mais les maris suivent, quoique plus lentement, l'évolution des mœurs, et tendent à ne plus exercer leurs prérogatives à la rigueur. Mercier, l'« Observateur » du Paris des dernières années de l'Ancien Régime, nous dit dans son *Tableau de Paris* : « La coutume de Paris donne à la femme des droits plus étendus; aussi les maris parisiens et même, en général, les maris français ne sont-ils pas les maîtres absolus de leurs maisons. Les épouses ne sont pas astreintes à l'obéissance. Un air d'égalité règne entre eux. Persécuter sa femme serait chose odieuse. Jamais on ne manque aux égards qu'on se doit réciproquement ». De tous les documents et

(1) *Ouv. cité*, p. 142.

(2) Cf. les lettres inédites de M. et Mme d'ALLÈS, citées par VIVIE DE ST RÉGIS : *Les femmes et la société de nos derniers parlementaires toulousains*.

(3) ABENSOUR, *ouv. cité*, p. 156.

mémoires de l'époque, il résulte que les ménages de la bourgeoisie sont relativement heureux. La femme y tient une très grande place : c'est la gardienne du foyer. Soigneuse, économe, « elle offre le modèle de la sagesse et du travail ». C'est la collaboratrice du mari : « Les femmes de la bourgeoisie, dit encore Mercier, sont consultées sur toutes les affaires. Sans les femmes, aucune affaire ne se conclut ».

Mais leur rôle ne se réduit pas au ménage : « Elles se piquent aujourd'hui de faire le charme de la société, plus sociables, plus éclairées qu'autrefois et, s'étant montées au ton des hommes, elles rivalisent avec leur génie » (Mercier). Elles jouent un rôle notable dans la vie intellectuelle et artistique des provinces : « En province, quelquefois, la présence d'une femme d'esprit groupant autour d'elle la société policée, crée un salon littéraire dont elle est l'âme » ¹. Nous avons un exemple dans Mme Portalis, qui appartenait à cette catégorie de bourgeoises moyennes : « On menait joyeuse vie à la maison pendant les premières années de mon enfance. Ma mère, sans être gaie, aimait à s'amuser. Ma tante..., spirituelle, vive, enjouée, était auprès d'elle; elles avaient des amies et des jeunes gens de leur âge qui y étaient fort assidus » ². On ne jouait pas seulement, on bavardait, on s'entretenait des événements politiques, des dernières nouveautés littéraires et de questions philosophiques, avec bonne humeur et simplicité. Les femmes ont également un rôle économique intéressant et varié, que les archives départementales font apercevoir. Elles sont à la tête d'entreprises fort importantes, elles s'occupent d'exportation. On trouve des agents de change et des officiers ministériels (de fait) de sexe féminin. Guyon, historien de la fin du XVIII^e siècle, parle de l'observation quotidienne qui nous montre tant de « maisons, de biens considérables, de terres, de campagnes, conduits par des femmes ».

Les petites bourgeoises sont moins touchées de l'esprit nouveau. Elles conservent les mœurs antiques de collaboratrices infimes de leurs maris. Tous les contemporains sont unanimes à louer leurs qualités pratiques de propreté, d'ordre, d'ingéniosité. Elles luttent directement contre les mille difficultés de l'existence quotidienne et parviennent parfois à élever leurs enfants de plusieurs degrés sur l'échelle sociale. C'est à ces femmes surtout que s'appliquent ces réflexions de Mercier : « Les femmes qui ne sont rien en politique, ont des notions admirables sur l'économie domestique; elles réparent dans l'intérieur des maisons ce que la législation fait de mal au dehors ». M. Abensour ajoute : « C'est grâce à elles, surtout, c'est grâce à leur action modeste, cachée mais persistante et d'une capitale importance, que se maintiennent dans leur intégrité les races et les nations... c'est la petite

(1) BABEAU, *Bourgeois d'autrefois*.

(2) *Souvenirs du Comte*, f^o 10.

bourgeoisie qui, au XVIII^e siècle, représentait, la Révolution l'a montré, le plus riche réservoir de forces rénovatrices. Cette petite bourgeoisie, la femme a largement contribué à en former le cœur et l'esprit¹ ».

Cependant, leur rôle est rarement restreint au foyer. Elles s'intéressent de très près aux affaires de leurs maris. L'historien qui a fait les enquêtes les plus complètes sur la vie provinciale, Babeau, nous documente : « Les marchandes sont, en province, les auxiliaires les plus indispensables de leurs maris. A Orléans, les filles et femmes de marchands tiennent à tous les comptoirs, suivant, chiffrant, écrivant... A Rouen, les mères et les filles tiennent la correspondance. A Bordeaux, des maîtresses de tenue de livres instruisent des filles de négociants... Au Puy, des femmes dirigent la fabrication de la dentelle, elles sont choisies, pour leur sagesse, parmi les filles des négociants de Lyon »². Cet apport de travail et d'énergie patiente procure d'ailleurs aux femmes une relative indépendance et un accroissement de bien-être.

Des paysannes, nous savons peu de chose. Restif de la Bretonne nous en fait un tableau horrible. Mais après lui, depuis les physiocrates, des efforts de relèvement sont tentés, dont bénéficient les femmes comme les hommes. Leur condition est d'ailleurs identique à celle de leur mari, c'est-à-dire qu'elles sont parfois serves, « femmes de corps », le plus souvent libres moyennant des redevances féodales. La veuve continue de gérer le bien du mari. Au point de vue intérêts pécuniaires, la femme et l'homme sont *associés*. Mais, la personne de la femme est rigoureusement *subordonnée*. Elle est durement traitée par l'homme qui la considère comme un être inférieur, parfois plus mal que son bétail. Elle sert à table le mari, les valets, puis mange en dernier et debout, les restes du repas³. Mais, pour le travail, elle est là, étant chargée de grosses occupations agricoles. Le lourd travail, qu'accompagne souvent la famine, pousse fréquemment les paysannes à être servantes ou ouvrières dans les villes, au grand désespoir des intendants qui craignent la désertion des campagnes. L'un d'eux, subdélégué du Languedoc, se plaint « que l'instruction publique, trop répandue dans les campagnes, détourne les campagnardes de la terre et les pousse vers le métier de servantes en nombre excessif⁴ ».

Les ouvrières des villes sont-elles plus heureuses ? Le rôle des femmes du peuple dans la vie économique et sociale de la France de la fin du XVIII^e siècle est trop immense pour que nous songions à le décrire. On s'imagine souvent que le développement du travail féminin date de l'ère de la grande industrie, c'est-à-dire du XIX^e siècle, et qu'auparavant le travail de la femme, même dans la

(1) *Ouv. cité*, p. 175.

(2) *Bourgeois d'autrefois*.

(3) *BABEAU, ouv. cité*.

(4) *ABENSOEUR, ouv. cité*, p. 245.

classe pauvre, était l'exception. C'est une erreur considérable, et qu'il est temps de corriger. En dehors de toute transformation industrielle, les femmes sont, au XVIII^e siècle, dans la nécessité de ne pas s'en remettre au mari seul du soin d'entretenir le ménage et de gagner elles-mêmes leur vie. L'insuffisance du salaire marital les pousse au travail, déjà au XVIII^e siècle, car les salaire des ouvriers ne suffisent pas pour faire vivre une famille. Leur misère est aussi grande que celle des paysans est cruelle, dont s'occupent exclusivement les philosophes. Ceux-ci sont en effet plus attirés par la *nature* et la campagne, où évoluent les paysans, que par le *travail* manuel, dont on n'aperçoit la grandeur qu'à partir de l'extrême fin du siècle. Or, « du nombre des femmes qui travaillent dans toutes les branches de l'activité économique, nous devons conclure qu'il ne s'agit pas de quelques isolées, mais de la masse des femmes du peuple qui fut, de par les conditions économiques de l'époque, contrainte à contribuer pour sa part à l'entretien de la famille, soit en aidant le mari dans l'exercice de son métier, soit en en exerçant un autre ».

D'autre part, on avait *besoin* du travail des femmes. Dans les régions où commence à se développer la grande industrie, la main-d'œuvre masculine ne suffit pas. *On fait appel* aux femmes; les patrons sollicitent des autorités locales qui se déchargent sur les curés, une propagande pour le recrutement d'une main-d'œuvre féminine. Au XVIII^e comme au XIX^e siècle, la formation d'une armée industrielle féminine est une condition nécessaire de l'organisation de la grande industrie. Les femmes sont traditionnellement les fileuses de laine. A la fin du XVII^e et au début du XVIII^e siècle, la fileuse des villes se transforme en ouvrière d'usine; elle joue un rôle essentiel dans l'industrie des bas, du drap, de la dentelle. Cependant, comme on veut protéger la faiblesse de la femme, on lui interdit, pour les réserver aux corporations masculines, certaines industries, comme la tapisserie, la confection pour hommes et femmes... Néanmoins, dans les filatures, le travail des femmes est d'une importance capitale.

De plus, à cette époque comme aux autres, les aptitudes propres à la femme et à la femme française en particulier, la destinent à tenir, dans certaines industries, une place prépondérante. Les contemporains décrivent volontiers la femme du peuple, non celle qui, dans les filatures et les usines, peine sans parvenir à gagner sa vie, mais la boutiquière, la modiste qui attirent les regards : « Les boutiques de Paris, nous dit Mercier, recèlent les femmes les plus gaies, les mieux portantes et les moins bégueules... L'activité qu'elles déploient en font les égales de leur mari; celui-ci en effet, dont elle est l'auxiliaire indispensable, la tient pour son égale et lui laisse dans son ménage une autorité dont ne disposent pas les femmes d'huissiers et de procureurs ».

Car, qui crée, dans ce siècle où triomphe le luxe, les riches

toilettes des dames de la cour ? Qui confectionne les parures éblouissantes des seigneurs, les garnitures compliquées des vêtements d'usage, les innombrables colifichets, les atours renouvelés auxquels s'attachent de plus en plus les bourgeoises aisées, et même les femmes du peuple ? L'habileté manuelle, le bon goût de l'ouvrière française, justement depuis le milieu du XVIII^e siècle où la mode et la couture sont en essor constant, transportent ses produits d'un bout du monde à l'autre.

VI

Nous avons passé en revue, mille fois trop brièvement, l'immense labeur de la femme française auprès de laquelle ont vécu les législateurs du Code Civil. Qu'en ont-ils vu ? qu'en ont-ils conclu ? On peut distinguer trois courants au Conseil d'Etat : a) Celui qui soutient l'*inaptitude* de la femme et sa *faiblesse de jugement*; b) celui qui cherche avant tout à restaurer l'ordre dans une famille *forte*; c) celui qui tient à une *solution*, sans se soucier d'argumenter, et qui prend prétexte, au hasard, de l'un ou l'autre des systèmes précédents.

Une très petite partie de l'assemblée croit ou fait semblant de croire à l'incapacité réelle de la femme. Elle est composée de Conseillers qui, parfois sincères comme Regnault de St-Jean-d'Angely, veulent constamment protéger la pauvre femme contre tout et tous, et s'inquiètent logiquement de connaître les garanties, tout au moins théoriques, qu'on prévoit pour sa défense contre l'exploitation. La faiblesse intellectuelle et administrative qu'on semble reconnaître chez la femme, étant niée par les mœurs, ne fait que traduire le caractère *idéologique* du Code Civil. Nous retombons dans les critiques présentées dans une section antérieure : *Notre code est-il réaliste ?*¹ Ces Conseillers se sont bandés les yeux. Ne parlons pas des paysannes et des travailleuses manuelles, en lutte directement avec la vie quotidienne, dont la misère obscure pouvait leur avoir échappé...; négligeons les lumières des femmes nobles, qui leur avaient peut-être semblé liées à un régime défunt ou à une philosophie qu'ils réprouvaient. Mais la valeur de la femme bourgeoise, qui était, pour la plupart, leur propre compagne, mais son travail de collaboration dont ils ne pouvaient cependant se passer, mais son rayonnement social qui avait formé l'esprit de la France et contribué matériellement et moralement à sa gloire, ils ne *surent* pas s'en rendre compte, pétris qu'ils étaient par les textes morts, ou ils ne *voulurent* pas l'avouer. Si bien que la condition de la femme dans les textes de loi ne tient pas à sa situation réelle, à son rôle dans la société, elle ne dépend pas

(1) V. *supra*, p. 238.

des *faits*, elle suit fidèlement l'*opinion* qu'en ont les législateurs. Comme disait à un autre propos Portalis : « Tout ceci vérifie bien le principe que l'*opinion* est la reine du monde, puisque tout change et tout s'écroule avec l'*opinion* ¹ ».

D'autres Conseillers, las des troubles et des chaos que la Révolution avait engendrés, désiraient ardemment la paix, l'ordre. Tel Berlier, qui défend la capacité et la liberté des femmes, toutes les fois que l'unité familiale ne lui paraît pas en jeu. Ils voulurent ramener l'ordre dans la famille en renouant la tradition coutumière, en retrouvant le type de famille de l'Ancien Régime, celui de la famille-cellule sociale ². Or, la tradition juridique était vieille, très vieille, et les mœurs et la jurisprudence s'en étaient éloignés depuis longtemps. De plus, l'ordre civil, comme l'ordre politique, *muait* dans leur esprit et devenait *autorité* : le joug marital devait être restauré, en même temps que l'autorité dans la République. L'ordre ne pouvait s'installer dans la famille, croyait-on, qu'avec la consécration de la force masculine.

La troisième position, en elle-même, n'a pas de *motif*, et ne devrait jamais, honnêtement, en présenter : elle est une *croyance* ou un *sentiment* intime que décrit éloquemment la moitié des êtres humains, elle est peut-être une héréditaire prétention... Elle reconnaît un *droit* inhérent à la qualité d'homme, la prééminence d'un sexe sur l'autre, qui comporte commandement et surveillance. Mais les tenants de cette théorie n'osent généralement pas, au début du XIX^e siècle, la présenter pure, comme on l'aurait facilement fait au Moyen Age, le bon plaisir n'est plus à la mode. Même si on est d'accord sur une solution, il est de bonne méthode de paraître la *constater* ³. Aussi combine-t-on le dogme et l'argumentation.

Les uns, hypocritement, font alors appel à la faiblesse de la femme, en laquelle ils ne croient pourtant pas, puisque celle-ci a pour caractéristique de n'exister qu'en présence d'un seul homme, le mari; dans les autres cas, la femme est capable d'une force admirable, qui doit lui permettre normalement de résister à toutes les tentations, et de suppléer le mari défaillant. Les autres, avec autorité, déclarent que tel est le droit de l'homme, parce que la femme est corrompue; l'homme, plus vertueux par nature, doit diriger le ménage et les enfants, parce qu'il est seul à percevoir le véritable intérêt de la famille. Enfin, le groupe qu'on pourrait appeler *chevaleresque* fait état de la faiblesse physique de la femme, pour asseoir une *protection* masculine, sans apercevoir qu'il est

(1) Lettre du 26 Janvier 1798.

(2) Pour eux, d'ailleurs, la *tradition* (comme « tous les temps ») s'arrête toujours au moment où on veut la reprendre. Si bien que les femmes émancipées de la fin du siècle, ne faisaient plus partie, probablement, de l'Ancien Régime qu'on invoque, qui finit juste *avant elles...*; de même la jurisprudence extensive des droits de la femme n'était pas *traditionnelle*, puisqu'on croit bon de la négliger.

(3) V. *supra*, p. 241 et 242.

entraîné à justifier une autorité *morale* par le droit du plus fort ¹.

Le véritable esprit des législateurs est donc le suivant : ils cloîtrèrent consciemment les femmes dans l'incapacité, pour être sûrs de rester, au moins théoriquement, les maîtres.

Portalès explique la chose à sa manière dans ses ébauches manuscrites : « Le plus fort est le maître en apparence, dit-il, et dépend en effet du plus faible, et cela, non par un frivole usage de galanterie, ni par une orgueilleuse générosité de protecteur, mais par une invariable loi de la nature, qui oblige l'homme à plaire à la femme pour que celle-ci consente à le laisser être le plus fort ». Le XVIII^e siècle avait déjà donné une interprétation analogue : Merville mettait dans la bouche d'Angélique, l'héroïne de *l'Ecole des Mères*, à propos de l'obéissance exigée de la femme mariée : « Je sais que cet article a quelque chose d'un peu mortifiant... C'est une espèce de loi qu'on nous a imposée et qui, dans le fond, nous fait honneur, car, entre deux personnes qui vivent ensemble, c'est toujours la plus raisonnable qu'on charge d'être la plus docile ».

Aussi bien, les mœurs ne pouvaient accompagner le rigoureux illogisme des lois. Quelques Conseillers s'en rendaient compte. Ainsi Tronchet, contre Cambacérès qui « n'admet de puissance que » dans le père, expose que l'autorité paternelle, comportant l'influence escomptée de la mère, doit en tenir compte dans ses décisions, et que d'ailleurs « l'usufruit des biens des enfants mineurs est accordé pendant le mariage, au père et à la mère conjointement, comme une récompense de leurs soins ² ». Ainsi Portalès appelle expressément les mœurs au secours de la liberté de la femme, du respect de sa personnalité, contre les abus du despotisme marital : « ... Mais l'administration du mari doit être sage et sa surveillance modérée, etc... » ³

Ces rédacteurs n'ont donc jamais prétendu consacrer un droit *absolu* du mari sur sa femme, comme le souhaitait la partie autoritaire du Conseil d'Etat. Mais celle-ci a triomphé dans le texte des lois positives, puisqu'*aucune limitation* n'y est inscrite aux pouvoirs du mari, qu'on confie au contrôle des mœurs ⁴. Les lois comptent sur la *bonté naturelle de tous les hommes* ⁵. Elles se

(1) « Le plus fort n'est jamais assez fort pour être toujours le maître, s'il ne transforme sa force en droit, et l'obéissance en devoir. De là le droit du plus fort ; droit pris ironiquement en apparence, et réellement établi en principe. Mais ne nous expliquera-t-on jamais ce mot ? La force est une puissance physique ; je ne vois point quelle moralité peut résulter de ses effets. Céder à la force est un acte de nécessité, non de volonté ; c'est tout au plus un acte de prudence. En quel sens pourra-ce être un devoir ? » Cette remarque est de ROUSSEAU lui-même ! *Contrat Social*, livre I, chapitre intitulé « Du droit du plus fort ». D'ailleurs tout le premier livre, qui établit les droits égaux des hommes contre le *droit divin* d'un maître, peut être transposé en défense de ceux des femmes contre les prétentions de l'homme.

(2) Loaré, tome 7, p. 153.

(3) *Discours préliminaire*. V. le texte cité en entier *supra*, p. 324.

(4) Bien plus, dans l'esprit de quelques-uns, comme NAPOLÉON ou CAMBACÉRÈS, il faut *réagir* en ces matières contre les usages et *corriger* les mœurs...

(5) Cf. le *Discours préliminaire*. V. notre commentaire à partir de la p. 296.

méfient au contraire des femmes, et prennent des précautions sévères pour éviter que se produise un abus quelconque de leurs rares prérogatives. Les devoirs des hommes sont sous la tutelle des mœurs; les devoirs des femmes sont spécifiés dans le Code.

On dirait vraiment, à lire les textes légaux à la lumière des discussions du Conseil d'Etat, que les hommes ont le privilège de tenir, invariablement chevillé au cœur, un sentiment éclatant du devoir, qu'au contraire les femmes ne possèdent que par hasard, puisqu'on prévoit un gendarmé, pour les maintenir régulièrement dans le droit chemin¹. Selon Portalis, qui représente ce que nous avons appelé le courant « chevaleresque », ce maître et protecteur est donc d'une bonté naturelle qui l'engagera, sans aucun doute, à *accorder* à la femme liberté et respect. De même que l'Etat attend son libérateur, la famille attend son chef; de même que le héros *accomplira* la liberté des gouvernés, le mari *consentira* à la liberté de sa femme. Mais l'ordre public exige, imagine-t-on, que ces prérogatives soient *octroyées*. On aperçoit à peine l'abus qui va se faire en sens contraire, au cas par exemple où le bon plaisir du despote social ou domestique négligera de faire régner la liberté, et exploitera l'infini de ses prérogatives, qu'on n'a pas cru bon de limiter *au préalable*.

Quelles sont les conséquences de cette position *légal* qui confie aux mœurs la limitation de droits qui *apparaissent* comme absolus ? D'abord, première conséquence, les lois ne vont jouer que dans les cas où les mœurs échouent, justement dans les cas extrêmes et lamentables, où les hommes *utilisent* la loi pour *tourner* les mœurs, c'est-à-dire précisément lorsqu'ils *abusent* de leur pouvoir et *prétendent*, les textes en mains, avoir le *droit* d'être despotes et tyranniques. L'exemple de la loi civile encourage les maris, et justement les moins bons, à s'exagérer le sentiment de leur importance, à tenir pour négligeable l'apport moral ou matériel de leur femme, et, lui déniaient bientôt toute valeur intrinsèque, à en faire leur servante. Les lois, ne voulant tenir compte que des bons maris, ne se sont adaptées qu'à eux, et ont permis et préparé les mauvais, en laissant délibérément la porte ouverte aux excès.

Car, deuxième conséquence, les mœurs, qui représentent, d'après Portalis, la modération du texte légal, c'est-à-dire son esprit, ne peuvent pas toujours *tourner* la lettre qui est parfois trop formelle pour qu'on en refuse l'application : « ... La femme (doit) obéissance à son mari ». « ... Elle est obligée... de le suivre partout où il juge à propos de résider ». Tandis que les lois peuvent toujours secouer brusquement par leur injonction même les mœurs échaffaudées, il y a des remparts de la loi qu'il n'est pas au pouvoir des mœurs de faire crouler.

(1) Cf. notamment les assertions de CAMBACÉRÈS.

De plus est-ce un système *franc* de confier discrètement aux mœurs le soin d'établir ce que les lois nient ? ce qu'elle omettent *dès leur établissement* ? Les mœurs doivent-elles arracher, voler aux textes une partie de leur contenu ? Le législateur, parce qu'il était *plusieurs*, a prétendu tracer deux voies, celle de la loi, celle des mœurs : l'une traduisait les vues autoritaires d'une partie de l'assemblée, l'autre étant le dernier refuge des esprits libéraux et pondérés. Mais, en acceptant placidement cette dualité dans sa déjà actuelle opposition, en se contentant de remettre en vigueur la barrière qu'avait péniblement connue le XVIII^e siècle entre le légal et la vie, les rédacteurs du Code civil ont négligé de fermer la porte aux ruses, aux mesquineries, aux détours qui avaient fini, contraints et forcés, par entrer dans ce qu'on appelle par suite péjorativement la « nature » de la femme¹.

Et surtout, la faiblesse des femmes ou leur insuffisance intellectuelle, qu'on met hypocritement en avant pour masquer la véritable cause de l'autorité maritale, vont être une entrave, d'ailleurs escomptée, au développement des femmes, à l'épanouissement de leur personnalité, au déploiement de leur valeur. Cette inaptitude spéciale d'exercice qui n'a lieu *légalement* qu'en présence du mari, devient, dans l'opinion, une inaptitude *de la femme*. D'où la *dévalorisation du travail* féminin et la *limitation de ses débouchés*, deux parmi les nombreuses conséquences qu'on tire régulièrement du principe.

La misère des ouvrières était déjà sensible au XVIII^e siècle. Beaumarchais, comme Mercier, les voyait, de ce fait, en proie à la séduction : « Hommes ingrats, s'écrit Marceline, qui flétrissez les jouets de vos passions alors que vos magistrats nous laissent enlever... tout honnête moyen de subsister ». Certains s'apercevaient même que la faiblesse alléguée des femmes n'était qu'un *prétexte*, comme des collaborateurs anonymes de l'*Année littéraire* le disent audacieusement : « Que les femmes sortent du cercle étroit où elles sont renfermées; qu'elles ne craignent point le ridicule que les femmes jalouses de leur mérite ou des hommes incapables de le sentir voudraient jeter sur elles; qu'elles travaillent avec les hommes, et elles trouveront des forces pour partager avec eux la gloire du génie et le gouvernement du monde »². Et Mme Roland, jeune fille, se demande avec amertume « si la destinée des personnes de son sexe est seulement de briller aux yeux comme des fleurs d'un parterre, si c'est pour cette vanité

(1) Le *mémoire sur le divorce*, brochure anonyme parue au début de la Révolution, qui réclamait l'égalité des sexes dans le mariage, signale qu'en recouvrant sa dignité d'être libre, la femme perdra « cet esprit d'intrigue qui la pousse à tout gouverner, à tout conduire, à mettre en profit les faiblesses que les hommes ont pour elles en dispensant les places, les grâces, les faveurs, les dignités » ; elle abdiquera pour tout dire cet empire camouflé et occulte « qui n'est qu'une révolte contre les lois qui sont mauvaises » ; et l'homme trouvera enfin de vraies compagnes, aimantes et dévouées.

(2) *Année littéraire*, 1770 : lettre à Fréron.

qu'elles acquièrent tant de talents, tant de vertus, si elle-même est au monde pour dépenser son existence en soins frivoles, en sentiments tumultueux, et non dans la pratique de ce qui est sage, beau et généreux ».

Ainsi, brisant la longue chaîne de la jurisprudence coutumière qui était sur le point d'aboutir à la libération domestique de la femme, condamnant les mœurs qui la toléraient dans la majorité des cas, suivant en une certaine mesure l'*opinion* qui voulait *réagir* devant les excès de la Révolution en restituant à la famille l'unité et la force au mépris de l'individualité féminine, reprenant servilement les textes conservés par la *tradition juridique* que Rousseau avait réhabilitée, les auteurs du Code civil ont *re-créé* l'inaptitude de la femme mariée et, avec elle, le copieux cortège de ses *conséquences sociales*. Le progrès général a besoin de toutes les collaborations et ne peut que se ressentir défavorablement du *refoulement* qu'on exige, au nom d'un préjugé, des capacités volontaires et intellectuelles d'une partie des êtres humains. Et les femmes du XIX^e siècle ont du reconquérir pied à pied les facultés dont, en invoquant une faiblesse feinte, on leur avait interdit le maniement.

De l'atrophie faite d'exercice des possibilités féminines, la famille elle-même devait nécessairement souffrir, si le texte légal n'avait été pour une part contrarié et corrigé par les habitudes des mœurs moyennes. L'autorité paternelle, la contrainte matrimoniale n'ont jamais pu former qu'une *façade* artificielle de cohésion familiale, car une discipline, pour être un principe fécond, a besoin d'être *consentie*. Pour être *forte*, comme les législateurs l'ont désirée, la famille n'a que faire d'une hiérarchie autre que celle de la valeur, d'un rapport de subordination dont l'échelon inférieur est logiquement méprisé. Il n'y a pas que des hommes pour former les familles. Celles-ci ne peuvent jouer leur rôle austère et difficile d'éducatrices des citoyens, que si elles sont modelées par des femmes qui ont été à portée d'apprendre la responsabilité, à qui on permet une attitude énergique, dont les vues ont été élargies par une *expérience sociale*, qui ne sont pas obligées, parce que la femme mariée est légalement confinée dans le domaine désuet de l'obéissance, de *gratter* sur les textes une liberté dérobée.

Alors seulement, on est en droit de faire *ouvertement* de la famille le *creuset* de l'essor d'une société donnée. Alors seulement les conditions sont remplies pour que se réalise le bel espoir de Portalis : « C'est dans les familles que s'opèrent les premiers développements du cœur; c'est donc là que se préparent toutes les vertus sociales; il faut une prise naturelle pour pouvoir former les liens de convention. C'est par la petite patrie qu'est la famille, que l'on s'attache à la grande; les affections vives et honnêtes qui lient les époux, les enfants et les pères, donnent à l'âme

ce doux ébranlement qui la dispose aux procédés généreux, aux sacrifices pénibles, aux actions brillantes. Les sentiments s'affaiblissent en se généralisant; il faut sans cesse les ramener à leur source; l'amour de nos concitoyens a son principe dans celui que nous avons pour nos proches. Toutes les vertus publiques ont leur véritable et leur plus solide base dans les vertus privées; ce sont les mœurs de la famille qui finissent par former celles de l'Etat » ¹.

En disant : « Ne désespérons jamais de former de bons citoyens, tant que nous aurons l'espoir de rencontrer et de former de bons pères, de bons fils et de bons maris », Portalis ne devait pas oublier que c'est l'amour des *mères* qui pétrit le cœur de tous les hommes, et que c'est par suite leur vaillance, leur sagesse et leur propre valeur, qui préparent *par l'exemple* la qualité de l'effort, le niveau intellectuel et l'élévation spirituelle de tous les citoyens.



(1) Rapport au Conseil des Anciens sur le divorce.

CONCLUSION :

LE COFFRE AUX RÊVES

« Le véritable positivisme ne consiste pas dans le fétichisme de la loi, mais au contraire dans la destruction de la croyance à la toute puissance et bonté de la loi. Il reste que la loi est la force, et contre cette force peuvent seules lutter d'autres forces ».

G. RIPERT.

Nous avons cherché, par l'étude de la pensée de Portalis, à dérouler en une sorte de panorama les idées de son époque, et nous nous sommes servis de ses préoccupations essentielles, pour accentuer les *nervures* le long desquelles se sont propagés les grands courants qui dominèrent tour à tour les différentes périodes de la fin de l'Ancien Régime, de la Révolution, du Premier Empire. Certaines attitudes marquent l'opposition de ces étapes, comme le rôle qu'on donne ou qu'on refuse au *temps* et à la *tradition*; la place qu'on agrandit ou qu'on amoindrit de la *raison* humaine dans l'édification des sociétés; le jeu plus ou moins étendu ou couvert de la *liberté individuelle* dans la vie politique; l'indication et la situation du titulaire de la *propriété*. Nous avons signalé en passant bien d'autres ferments intellectuels de discorde entre concitoyens, ou de rivalité entre les générations, qui se succèdent si vite dans ces moments troublés.

Une conception cependant les relie ou plutôt une fiction commune : *la nature*. L'Ancien Régime dans ses efforts désespérés, la Révolution dans sa successivité violente, l'Empire triomphant appellent la *nature* au secours de leurs visées, de leurs aspirations ou de leurs actes consommés. C'est la justification éclatante, l'explication dernière. On ne peut espérer faire accepter une idée ou un fait qu'à condition d'en comparer les caractères avec les *lois naturelles* ou les *buts de la nature*. Une réalité n'est admise à se faire jour qu'une fois revêtue des voiles étincelants du modèle *standard*.

La *nature* est donc « l'idée » à *la mode*, et on sait quelle *pression* peut exercer sur les esprits et sur les actions une convergence sociale de ce genre... Et comme il se trouve que la Nature réelle, dans son immensité et sa pérennité, présente tant d'aspects qu'il est facile de trouver en elle quelque exemple du caractère distinctif de la réforme accomplie ou projetée, tous les courants de pensée et toutes les institutions *d'époque* se recouvrent simultanément d'une majesté inviolable, mais fallacieuse. En effet, la nature qu'on invoque à l'appui de chaque désir, à force de trop comprendre et embrasser, n'est plus qu'un *mot*, dont l'élasticité

rejoint l'Idée platonicienne. C'est cette *nature*, modèle général de toutes choses, qui exalta au dix-huitième siècle la ferveur des philosophes, et entretint pompeusement la sécurité des législateurs les plus momentanés.

Les temps que nous avons étudiés sont divers à certains points de vue, puisqu'ils se singularisent précisément par un changement d'état social. Or, celui-ci se traduisait spécialement dans la législation. Elle seule en effet peut *sanctionner* acquisition ou défaite, évolution ou révolution, et elle est d'ailleurs établie par les hommes dans cet objet. Or, sur quoi se fondait chaque essai, chaque projet ? Sur le *droit naturel*, identique en apparence, parce qu'il était une étiquette commune, un cri de ralliement accepté par l'ensemble du groupe social. Ce *mot de passe* était devenu si général, qu'en perdant toute saveur particulière, il nous apporte, par son contenu variable, un résumé, dont on n'apprécie pas toujours l'ironie, des éléments contradictoires d'un siècle, de tous les programmes présentés, comme des retournements de position.

Faut-il *croire* ou *ne pas croire* au droit naturel ? La question est oiseuse. Elle provient de ce que les gens qui l'ont invoqué l'ont considéré comme une *chose*, comme une réalité *objective*, en elle-même existante, qui s'imposait au cœur ou à l'esprit de tous les hommes. Nous avons suffisamment montré que les hommes du dix-huitième siècle ne découvraient que ce qu'ils avaient préalablement mis dans leur esprit ou dans leur cœur, ce dont ils avaient *informé* leur être : c'est-à-dire leurs aspirations, leurs besoins, leurs désirs, même leurs systèmes. Comme ils se rencontraient dans certaines revendications ainsi que dans quelques-unes de leurs coutumes, avec pas mal de leurs contemporains pénétrés des mêmes principes, privés des mêmes biens ou séduits par les mêmes projets, ils eurent vite fait de supposer ce contenu universel. D'où le caractère apparent d'*objet* du droit naturel, qui n'est en réalité, pour chacun de ses propagandistes, que l'affectuation *dans l'absolu* de ses propres tendances *subjectives*.

Il ne faut pas que les hommes soient victimes de leurs constructions. Ils n'ont pas à *croire* à un vocable; ils doivent seulement le *définir*. Si depuis des siècles, on parle de droit naturel, c'est apparemment qu'on avait *besoin* de cette notion, qu'on lui attribuait tout au moins une *utilité* sociale, pragmatique. On peut aujourd'hui accepter ou rejeter cette utilité. Si on reconnaît un rôle au *droit naturel*, il faut délimiter le contenu du terme et s'y tenir, de façon à permettre qu'il exprime pour tout le monde la même réalité. Si au contraire le droit naturel ne transmet plus rien de précis, c'est qu'il n'est qu'un mot mort, dont le squelette même doit disparaître du langage, sous peine d'encombrer la structure vivante d'expressions pleines, auxquels il doit laisser la place nette.

La question est donc la suivante : le droit naturel a-t-il joué un rôle dans l'histoire ? Si oui, quel fut exactement ce rôle, et dans les faits, et dans la pensée des invocateurs ? Peut-il aujourd'hui le conserver ? Quel objet assigner alors au droit naturel, partant, comment le définir, par rapport aux notions qui l'entourent ?

I

Il n'y a aucun doute que le droit naturel a joué un rôle de premier plan dans l'histoire puisque tous les progrès ont dû, pour mûrir, s'appuyer sur son invocation. Spécialement, dans les temps qui nous intéressent, à la fin du dix-huitième siècle, si le droit naturel a pu servir des intérêts, des préjugés, et des passions, par le manque de choix, de filtrage que l'indéfini de son nom nous a fait déjà bien des fois regretter, il a incontestablement servi *la cause de l'individu*, en imposant tout au moins le respect d'une partie variable de chaque être, contre l'absorption envahissante de l'Etat. Et ce ne fut pas un des moindres dangers auxquels, grâce à lui, la personne humaine échappa, à l'heure où la *volonté générale* était reine¹.

Pourtant, il est si peu dans la *nature* (pour s'exprimer comme le XVIII^e siècle) du *droit naturel* de toujours défendre l'individu, qu'il est très capable de se retourner un beau jour contre la personne, en traduisant cette fois un intérêt social. Il en est ainsi, à la même époque, du *droit naturel de se marier*, quand on donne en même temps pour but au mariage la conservation de l'espèce. Comment donc déterminer, en dehors de solutions données, le rôle *général* du droit naturel ?

De plus, dans les cas mêmes où le droit naturel représente bien le souci de l'individualité humaine, il n'y aperçoit pas toujours les mêmes caractères. Si l'on *additionne* en quelque sorte les conceptions de l'époque que nous avons eu l'occasion d'étudier, qui se cachent derrière le mot *nature*, il résulte que celle-ci, toujours belle et bonne, est à la fois simple et complexe, universelle et diverse, immuable et changeante. Or, le *droit naturel* est, pourrait-on dire d'après Leibnitz, un *point de vue* de l'immense Nature; il en est le miroir, sous l'angle de son point central et final : l'homme. Il participe donc, *dans cette mesure*, aux qualités de la nature entière, adaptées aux exigences de la *nature* propre de l'homme. Il est sans doute permis d'attribuer théoriquement, avec ou sans observations objectives, toutes les vertus à une nature assez étendue pour les contenir toutes à la fois, et qui se détermine

(1) Il est intéressant de remarquer qu'au XVII^e siècle, lors des *débuts* du droit naturel comme théorie douée d'efficacité, les publicistes protestants avaient déjà utilisé sa notion, liée pour longtemps à la doctrine des droits individuels, en vue de combattre le pouvoir absolu de droit divin.

spécialement avec chaque application. Il l'est moins de supposer des qualités simultanément contradictoires au *droit naturel*, dont l'unicité n'est pas susceptible de distinctions concrètes, et qui va, lui, dans la pensée des hommes, servir *tel quel* de fondement aux institutions et aux ouvrages humains.

C'est pourquoi nous nous sommes indignés devant ce *contenu* indéterminé et indéterminable. C'est pourquoi notre première démarche a été de déplorer, avec les adversaires du *droit naturel*, l'invocation fréquente à un mot trompeur, dont le sens, au lieu de répondre immédiatement « présent », doit se retourner péniblement dans son enveloppe avant de décliner des noms et qualités susceptibles de varier à l'infini. Et nous avons été amenés à nier l'utilité actuelle du *droit naturel*, arrivé à un degré tel d'inconsistance que sa peau semble se gonfler et se comprimer à volonté, pour devenir si flasque, ridée et terreuse, qu'elle emporte à elle seule le poids de toute la *chose* qu'elle a l'apparence de *seulement délimiter*.

Pourtant, à l'examen, ne serait-ce pas précisément là le rôle du droit naturel, sinon compris, du moins senti par les esprits que nous avons rencontrés ? Cette *expression*, en elle-même rigide et uniforme, comporte une capacité élastique permettant à une *signification* indéfiniment extensible, même expirante, de présenter des désirs variables par destination; comme dans un ballon de football, la dure enveloppe de cuir recouvre une vessie intérieure en caoutchouc qui suit la densité variable de l'air. Le droit naturel est un moule susceptible d'être rempli de toutes sortes de pâtes, de toutes teintes et de toutes saveurs, qui prennent elles-mêmes une forme déterminée, une fois entrées dans le moule. Ne nous étonnons pas si le droit naturel traduit parfois des préoccupations individuelles, pour faire agréer, dans d'autres cas, la pression sociale. Car, en lui-même, il ne plaide ni pour l'individu, ni pour la société; sa matière propre est l'inconsistance; ce sont les circonstances et les besoins qui lui font une matière; il ne peut, lui, que donner aux notions que passagèrement il vient représenter, une certaine *courbure*.

Et pourquoi cette courbure ? Si les législateurs se soucient si fort de sanctionner dans le droit positif des institutions ou des idées représentées, disent-ils, par le droit naturel, n'en peut-on pas déduire que le droit naturel est *fait pour* cette fonction de procurer de la matière aux règles à porter ? C'est le *réservoir*, destiné à déverser *quelque chose* dans le droit positif. Il rend en quelque sorte son contenu *apte* à y entrer, à s'y insérer; il le prépare à se soumettre à une nouvelle tonalité. Et, de fait, que met-on d'ordinaire dans le droit naturel ? les notions qu'on croit susceptibles de s'inscrire dans un monument public, sans être sûr qu'elles soient assez communément mûres pour y être acceptées tout de suite. Ces notions doivent faire un *stage* de droit naturel,

avant d'obtenir la situation enviée d'être obligatoires et sanctionnées. Le droit naturel est l'*avant-garde* de la législation positive.

Mais, s'il en est ainsi, il ne faut pas s'attacher à tous les contenus simultanés et successifs du droit naturel, pour ensuite en faire la risée de la science. Il faut les prendre comme des avis, des symptômes, qu'il nous est bien utile de connaître, puisqu'ils traduisent les désirs. Ceux-ci sont divers, parce qu'ils représentent des aspirations et des besoins individuels. Ils se rencontrent souvent, en tant qu'ils répondent aux aspirations et aux besoins d'une collectivité donnée. Les points où les conceptions du droit naturel respectives des personnes d'une même société se rejoignent, leur donnent une preuve de leur accord. Pour le reste, l'appellation commune suffit à les unir; elles lui font témérairement confiance. C'est ainsi que le droit naturel fut pour les rédacteurs du Code civil un prétexte d'entente. Le droit naturel apporte aux sociétés le *calmant* de leurs plaies, en permettant aux hommes qui les composent de goûter l'illusion de se comprendre.

De cet aperçu relatif à la place réelle du droit naturel dans la pensée des auteurs du XVIII^e siècle, place qu'il faut aller chercher derrière leurs explications confuses ou contradictoires, il résulte qu'il remplit trois objets : a) il sert de cadre unique et général à des désirs disparates et particuliers; b) c'est un pourvoyeur de règles positives; c) il oblige les hommes à s'entendre. Il s'agit, si l'on veut, des trois utilisations *pratiques* de la notion de droit naturel. Mais on ne se rendait guère compte, à l'époque, du rôle exact du droit naturel, et comme on sentait d'autre part le besoin de faire fond sur lui, on l'accommodait au goût du jour, en lui donnant tous les caractères que nous avons longuement énumérés¹.

Mais, au fond, le contenu leur importait peu. Les trois objets que nous assignons au droit naturel, d'après ceux qui l'invoquent, ne font état, remarquons-le, que de la *forme*, quelles qu'en soient la matière et sa définition fuyante. Cette *matière*, d'autre part, possède une certaine sorte d'existence, puisque chaque invocateur du droit naturel lui concède un contenu, qui, à son égard, est plein de réalité. Pour chacun pris à part, la formule est pleine : il s'y mire dans ses propres tendances.

Nous arrivons donc à une position mitigée, qui se situe en dehors des querelles entre tenants et adversaires du droit naturel. Le droit naturel *existe-t-il*, demande-t-on ? sans doute, puisqu'on l'invoque, qu'on escompte son action, et qu'on sort de lui des *effets*. Le droit naturel a-t-il donc une *réalité* ? non, puisque son existence est transitoire, et qu'il ne peut durer qu'en se trans-

(1) V. le chap. intitulé *la nature*. Ses trois premières sections *préparent*, en quelque sorte, les différents aspects du droit naturel, dont nous faisons la synthèse dans la dernière section, intitulée *le droit naturel*.

formant. Le problème du droit naturel n'est pas non plus une question de *vérité*. Demander si le droit naturel est *vrai* revient à poser en principe que les solutions légales *peuvent* l'être ou le devenir, ce qui est contradictoire, puisque des gens comme Portalis admettent, nous l'avons vu, que les lois ont un but pratique et d'opportunité, qui n'est en rien une *connaissance*.

On pourrait plus justement parler du droit naturel comme un *fait historique*. Si les variations de son contenu doivent mettre en défiance devant l'illusion commune de son unicité, son enchaînement même dans les temps interdit d'en faire abstraction. Comment résoudre ce dernier dilemme : le droit naturel a eu et a encore une *action*; le droit naturel n'est pas une *chose* ? Les trois objets *pratiques* que nous avons assignés au droit naturel expliquent, nous semble-t-il, l'intérêt fidèle des hommes pour un réceptacle général, creux par destination, qu'ils remplissent à leur façon. Derrière son aspect *expérimental*, en quelque sorte, le droit naturel porterait-il un message ? Indépendamment de tout *apport* concret ou abstrait, il nous semble, à le voir ainsi défilier depuis toujours dans les paroles extasiées de maintes générations d'hommes, qu'il leur apparaît comme un symbole. Ce serait l'aspect *transcendant* du droit naturel, sur lequel nous allons maintenant nous arrêter.

II

Les hommes sentent confusément que les progrès sociaux ont un autre principe que la force nue. Ils ont besoin de croire en un symbole qui soit le *contrepois de la force*. C'est pourquoi ils appellent le *droit naturel* à leur secours, dans l'oppression, le malheur, la déchéance : c'est la bouée de sauvetage dont on se saisit avidement au milieu de la tempête. Pour les fervents du droit naturel, il est l'esprit devant la matière, l'âme opposée au corps; il répond au côté ange de l'être humain, tandis que la force brutale satisfait la bête. Par suite, le droit dit naturel ne s'oppose pas au droit positif, comme on le dit souvent, puisqu'il en est une sorte de préface. Il contrebalance la force, puis lutte avec elle, dans l'élaboration du droit positif. Il fait figure d'idéal, en face de la matière boueuse qu'est la force.

Il y a donc deux conceptions relativement à la genèse du droit positif. Elles se sont formées en antagonisme. La théorie traditionnelle française, qu'on peut considérer comme *classique*, s'est établie en haine de la force. Pour elle, c'est l'*idée du droit* qui produit directement le progrès des lois positives, malgré les obstacles et les contraintes que la force amasse pour contrecarrer l'idéal; et l'homme, doué d'un sentiment inné de la justice, a

toujours compris que le droit devait triompher de la force, car le droit, primant la force, l'enchaîne et l'asservit.

Pour la conception allemande, par exemple, qui contredit diamétralement les tenants du droit naturel, la force *crée* le droit. « L'humanité vers laquelle il (l'homme) s'élève, dit Jhéring, n'est autre chose, d'après son origine première, que l'empire de la force sur elle-même, dicté par l'intérêt propre bien entendu ¹ ». Le coup de force qui réussit établit le droit ². Celui-ci, d'ailleurs, ne peut se passer du concours de la force : « Le droit sans la force est un mot vide de sens : la force seule réalise les normes du droit, et fait de celui-ci ce qu'il est et doit être ³ ». De plus, « il en a besoin pour sa formation abstraite, le droit... s'établit par la lutte des intérêts... Avec le temps, la force effective peut bien revêtir, de plus en plus, des formes qui s'harmonisent avec l'ordre juridique; mais même dans l'état du droit organisé, il peut se présenter des circonstances où elle se refuse à obéir au droit. Elle agit alors comme force nue..., et elle accomplit alors la même œuvre qu'au début de la formation des sociétés : elle *dicte le droit* » ⁴.

Cette dernière théorie ne veut tenir compte que des effets palpables, que des *résultats* historiques. Elle néglige arbitrairement les ressorts internes, les déterminantes subjectives. Quels furent les motifs des coups de force, que prône l'Ecole allemande ? On ne s'en préoccupe pas, on ne veut voir que le *fait extérieur* de la victoire. Sous prétexte de méthode positive, elle fait état d'une science tronquée. Au contraire, la théorie antique continuée par l'Ecole française, est par essence spiritualiste : elle veut dédaigner le concours de la force, et méprise ses injonctions. Recueillant uniquement le mécanisme introspectif de la marche historique, indépendamment du succès de l'entreprise, elle se penche parfois sur des efforts vainement renouvelés et entend les cris de détresse; mais, pour être admise à les faire entrer dans la science, elle prétend que ces représentations intérieures et individuelles sont objectives et fixes. Voyons de plus près ce dernier point.

Le droit naturel, nous dit-on, est une *réalité objective*. Tous ses adeptes sont d'accord sur ce point. C'est un modèle qui s'impose, que chaque homme peut *lire* en lui-même. Comment un idéal peut-il être objectif, puisqu'au contraire un idéal ne peut être composé que des désirs et des rêves subjectifs des individus ? Ce phénomène d'objectivation de tendances personnelles, dans la mesure où elles concordent chez des hommes d'une même époque, se comprend facilement. Les psychiatres l'étudient dans les cas extrêmes : le malade croit *entendre* par exemple les

(1) *Ouvr. cité*, p. 164.

(2) *V. supra*, p. 172 et 173.

(3) *Ouvr. cité*, p. 171.

(4) *Ibid.*, p. 173.

paroles que lui-même prononce intérieurement, ou il croit *voir* le spectacle que sa propre imagination conçoit. Le processus est le même chez Don Quichotte, qui pare sa Dulcinée de tous les attraits qu'il désire lui trouver. Platon l'utilisait déjà quand il faisait de l'Idée le modèle seul *réel* et seul *objectif* de toutes choses. Le droit naturel, réalité objective, joue le même rôle que l'Idée platonicienne.

Le droit naturel, nous dit-on encore, est *immuable* et *éternel*. Comment un idéal immuable peut-il, constamment identique, servir le progrès ? On répond que ce sont les hommes qui se rapprochent peu à peu de ce terme fixe, entrevu dès l'origine. Mais alors, *pourquoi* les hommes s'avancent-ils vers le dit droit naturel ? C'est donc que quelque chose les pousse, quelque chose d'autre que le droit naturel lui-même. Si ce n'est ni la *force* que les tenants du droit naturel rejettent, ni l'*idée du droit*, par hypothèse immuable, qui fait avancer les hommes, quel est le véritable moteur ?

L'insuffisance et l'erreur des deux théories antagonistes dont nous venons de faire la critique proviennent de ce qu'elles veulent l'une et l'autre avoir le champ absolument libre. Il y a pour chacune d'elles un facteur subordonné à l'autre. Pour la doctrine allemande, c'est le droit qui se met *au service* de la force ; pour la doctrine française, c'est la force qui se met *au service* de l'idée du droit. En réalité, comme nous nous acheminons à le constater, les deux facteurs ne sont qu'*instruments*. La force ne suffit pas à *créer* le droit, même dans les « coups d'Etat » et les « Révolutions », car, à leur base, se trouve un facteur plus ou moins idéologique, qui donne l'assaut. L'idée du droit ne suffit pas pour diriger les hommes, puisqu'on avoue que, vers le droit naturel, immuable, dont ils auraient au fond du cœur une reproduction innée, les hommes doivent être *poussés*.

Quel est ce principe interne qui, ne pouvant directement commander au droit positif, a cependant pouvoir de se soumettre ses deux entrées ? Quelle est cette intelligence qui se pose un champ provisoire d'action, qu'elle fait semblant de *découvrir* en l'appelant droit naturel ; et qui s'annexe la force ? C'est la personnalité humaine qui se développe à travers et par les circonstances, c'est l'*élan vital* bergsonien, c'est la poussée vivace qui progresse, sinueuse, vers le mieux, entraînant dans son sillon éternellement mouvant et imprévu, la force conquise, comme le mirage nécessaire. Cette adaptation spontanée et dirigée, qui caractérise l'être humain, utilise la force, pour faire sanctionner graduellement les nouvelles conquêtes ; elle se sert du « droit naturel » pour préparer peu à peu le terrain aux prochaines réformes. Mais elle-même n'est proprement ni moyen, ni fin. Elle n'est ni forme, ni matière ; ni contenant, ni contenu. Elle est ce *qui* remplit, la source qui écoule ; c'est un *geste vers...*

Portalis, fervent du droit naturel statique, dont l'homme lit les règles qui lui sont antérieures, a entrevu pourtant la nécessité d'un « germe », d'une graine vivante, d'un dynamisme individuel, sous le nom de « perfectibilité humaine ». Nous y avons insisté en terminant notre deuxième partie¹. Mais Portalis confondait dans le *droit naturel* le point de départ et l'aboutissant; il assimilait négligemment la racine pleine de sève du progrès de l'homme, à cet ensemble de règles modèles, prétendues objectives, que les théoriciens plaçaient à l'origine des temps, pour les faire durer jusqu'à leur fin. « Tendons à la perfection sans y prétendre », répétait Portalis² : pour lui, entraient dans le « droit naturel », et le mouvement tendu, et l'idéal placide de perfection.

De plus, dans cette confusion qui est déjà un progrès, Portalis ne représente même pas l'Ecole du droit naturel. Comme nous l'avons vu relativement à ses contemporains, au milieu desquels il fait tache par sa philosophie du *temps*, notre auteur est également une exception par rapport aux théoriciens du droit naturel. Ceux-ci n'ont aperçu que l'*immobile*. *Devant l'homme* : des réformes à faire, des institutions à introduire, sur lesquelles on n'est que vaguement d'accord, mais qui sont toujours présentées comme conformes à une nature invariable. *Derrière l'homme* : quelques préceptes généraux préparés de toute éternité. *Au-dedans de l'homme* : une raison qui sent ou un sens qui connaît, pour tout dire un moyen de découvrir les vérités supérieures que la nature charge l'homme de reproduire en ses lois. Leur droit naturel comprend à la fois l'*établissement* humain projeté ou réalisé, le *modèle* éternel, et le *moyen* de le reconnaître.

Le droit naturel est donc bien avant tout, comme nous l'avons avancé plus haut, le *symbole de l'idéal*. Que cet idéal soit, suivant les cas, plus proche et précis ou plus lointain et vague, qu'il soit le modèle extérieur ou son image intérieure, il y a toujours, chez les contemplateurs du droit naturel, une volonté spiritualiste, dédaigneusement campée en face des constatations matérielles de l'histoire qui, dénuée de moyens propres à scruter le processus interne des phénomènes, est portée à voir moins l'idée que les résultats positifs. Les tenants du droit naturel attendent de la nature humaine le pouvoir de contrecarrer le déterminisme aveugle des événements. Le droit naturel est une construction métaphysique.

III

Nous avons retracé, dans notre premier paragraphe, le triple rôle *pratique* que le droit naturel paraît avoir joué dans l'histoire plus ou moins nettement, et particulièrement à la fin du XVIII^e

(1) V. *supra* à partir de la p. 220.

(2) *De l'usage...* I, p. 80.

siècle. L'utilité expérimentale incontestable de la notion nous a permis d'en comprendre la signification véritable. Puis nous avons présenté le rôle *transcendant* du droit naturel qui nous a semblé avoir reçu mission de transporter le symbole de l'idéal. Ce vœu a-t-il été respecté ? nous demanderons-nous. Ensuite nous examinerons quelle peut être aujourd'hui la *portée* du droit naturel, et quelle place il peut prétendre entre les hommes et leurs règles légales.

Si on a à sa disposition une arme puissante et redoutable, il serait périlleux de la manier sans exercice préalable, sans une licence ou un examen d'aptitude. Or, les tenants du droit naturel ont voulu se servir d'une arme, qui possédait le poids de l'idéal. L'idéal, c'est une notion qu'on peut s'accorder à respecter, mais qui est bien vague, bien générale, sur laquelle les hommes diffèrent sensiblement d'opinion, dès qu'il s'agit de préciser. De plus, indépendamment des diversités de conceptions entre les hommes, l'idéal d'un temps ne correspond pas à celui d'un autre. Fatalement, sous le couvert d'un idéal prétendu objectif, les hommes ont appuyé des revendications de passage, nées de besoins d'époque, et des désirs particuliers. Le droit naturel permet ainsi aux desiderata de se faire jour. Dans ce sens, il s'agit bien d'un idéal vers lequel on s'approche, mais d'un idéal tout relatif, puisqu'il ne peut se poser que par rapport aux conditions de vie existantes et à l'état des esprits ¹.

De même, on a été amené à considérer comme de droit naturel ce qu'on voyait établi depuis des siècles, car à quel autre signe reconnaître qu'une chose ou une institution est *naturelle*, si ce n'est à sa durée inchangée ? On a légitimé ainsi, aux yeux de la morale, un résidu d'expérience souvent, et aussi ce qu'on apercevait « dans tous les temps », c'est-à-dire parfois l'abus devenu routine. Au surplus, ils sont rares, les apôtres du droit naturel qui ont résisté à la tentation de mettre cet argument massue au service d'une secte ou même de l'utiliser au mieux de leurs intérêts.

Nous en arrivons donc à considérer qu'il y a, schématiquement, deux sortes de droit naturel, que nous pourrions provisoirement appeler, en nous inspirant des travaux de M. Bergson et de M. Esmein : le droit naturel clos, le droit naturel ouvert ². Le

(1) *L'équité dans les contrats*, nous répondraient en chœur les partisans du droit naturel, surtout les plus modernes, est un idéal *absolu*, que tout le monde accepte en tant que tel. Pas du tout : comment admettre comme le meilleur possible un état où les hommes surveilleraient attentivement l'équivalence de leurs prestations soigneusement calculées, alors qu'on peut imaginer un monde dont les membres seraient si bons qu'ils se *donneraient* mutuellement les produits de leurs travaux, sans avoir l'idée d'un prix ou d'un salaire ? Et qu'on ne dise pas que la réalisation de cette dernière conception est impossible ! L'est-elle moins, celle qui prétend que les êtres humains pourront un jour apprécier exactement à leur valeur les termes des échanges, en « rendant à chacun ce qui lui appartient » ? C'est qu'alors ils seront devenus justes, auquel cas, idéal pour idéal, nous préférons retomber dans l'autre solution.

(2) Nous transposons quelque peu, pour le besoin de nos explications, la signification bergsonienne du mot « clos », que nous employons plutôt comme

droit naturel est *clos*, dans la mesure où, tourné vers le passé, il n'est que routine, qu'explication rétroactive par la « nature », des institutions existantes, ou que justification des intérêts en jeu. Il est *ouvert* dans la mesure où il s'envole vers l'avenir, dans la mesure où il cherche, où il « aspire », dans la mesure où il va transporter quelque chose de l'effort humain dans les lois positives.

Nous avons vu que le droit naturel ne *joue* dans la croyance des hommes qui le soutiennent, qu'en tant qu'idéal. Si donc le droit naturel veut vivre, il ne doit plus se permettre de couvrir un contenu que nous avons pris la liberté d'appeler « clos ». En effet, il n'y a là qu'un détournement de pouvoir, un effet d'une malice inférieure, qui utilise l'idéal pour de bas profits. Ce contenu, que le droit naturel a eu la faiblesse d'accepter, n'a eu pour conséquence que de ruiner peu à peu sa réputation¹.

Aussi, nous voulons bien que le terme *droit naturel* continue à représenter aux hommes un *idéal vers lequel on tend*; mais à deux conditions : a) qu'on sache que cet idéal n'a d'*objectif* que la *forme*; b) qu'on sache que cet idéal est *dans le fond essentiellement transitoire*.

a) Nous avons montré plus haut que l'enveloppe seule du droit naturel peut compter comme objet, et que d'ailleurs, dans la *triple fonction pratique* du droit naturel, elle seule importe². Au contraire, son contenu ne peut être que subjectif, puisqu'il est formé des désirs et des rêves de chacun, remarque que les faits confirment absolument. b) Si bien que ce contenu est destiné à changer d'individu à individu et au cours des âges. Il ne peut qu'être provisoire. Le droit naturel est une sorte d'« universalité » (au sens juridique), dont les éléments se renouvellent sans cesse, se poussent les uns les autres, pour se remplacer et qui, relativement au tout du contenu, sont entre eux fungibles. Immobiliser le fond du droit naturel revient au contraire à lui nier toute portée. Le droit naturel en tant qu'idéal, est donc relatif et muable; c'est un *idéal qui marche*.

Quelle place peut-on donner au droit naturel ainsi compris,

une image que comme terme technique. Au contraire, la notion de « droit naturel ouvert », répond exactement à la morale ouverte, décrite dans *Les deux Sources...*

(1) La question des *obligations naturelles* fait partie du gros chapitre du droit naturel. M. RIPERT, gardant à l'obligation naturelle son aspect progressif, dit très justement : « L'obligation naturelle est un devoir moral qui monte à la vie civile » (*La règle morale dans les obligations civiles*, 3^e éd., p. 398) et explique joliment : « Obligés de faire une place aux devoirs de conscience, les jurisconsultes les ont baptisés obligations. Ainsi habillés décemment, ils ont pu paraître au prétoire » (p. 402). M. ESMEIN aperçoit qu'il y a autre chose que de l'idéal dans les dites obligations naturelles que rencontrent *en fait* les jurisconsultes et les tribunaux, et il est amené à établir entre elles une hiérarchie, tenant compte justement de l'état d'esprit que la défense de chacune d'elles décèle (V. *cours cité*, à partir de la p. 177).

Nous sommes donc d'accord à la fois avec ces deux auteurs : il est bien vrai que les partisans du droit naturel ne croient soutenir que l'idéal; il est aussi exact de remarquer que *les faits* amènent à distinguer entre ce qu'on pourrait appeler les « vraies » obligations naturelles et celles qui ne sont que la projection du droit existant, comme dit M. Esmein : « des prolongements des obligations civiles ».

(2) V. *supra*, p. 343.

d'une part par rapport au droit positif ? Là résidait la question essentielle pour les penseurs de l'époque que nous avons parcourue avec Portalis, qui faisaient unanimement, avons-nous vu, du droit naturel l'« inspiratrice » du droit positif. Quelle place admettre d'autre part au droit naturel auprès de la poussée interne, l'élan spirituel de l'être humain qui tend vers le mieux ? C'est le problème que posait avant l'heure, sans bien se l'avouer, Portalis, quand il parlait de « perfectibilité », et que développent de préférence les penseurs de notre temps, lorsqu'ils s'inquiètent des rapports de la morale et du droit.

Pour nous, le droit naturel est une *forme* statique, dont le contenu (l'idéal) *coule*. C'est un vase clos, dont les hommes changent l'eau plus ou moins souvent ; mais la source qui l'alimente ne tarit jamais. Puis, quand le temps est venu, les hommes recueillent l'eau du vase, et la versent dans le grand bassin aux eaux dormantes. Le droit naturel est aussi le cratère d'un volcan ; le cratère permet la sortie de la lave chaude (l'élan humain vers le jour), qui se refroidit et se dessèche bientôt pour devenir la croute épaisse du droit positif. Mais toute la lave que foment le feu intérieur ne monte pas vers le cratère, car toute l'énergie individuelle n'est pas destinée à devenir matière législative ; une grande partie reste en bouillonnement interne, impénétrable, inattaquable : c'est le monde de la conscience.

Les notions progressives, qui partent de l'homme, qu'elles concernent proprement l'individu ou le groupe, subissent, par leur passage dans le moule du droit naturel, un premier brassage social, un aménagement initial au contact des autres citoyens. C'est un essai d'organisation temporelle. C'est en ce sens que le droit naturel est *devant* le droit positif, qu'il lui *ouvre la marche*. M. Ripert dit de la notion morale qu'elle « rôde autour de la demeure du droit » : Quand le droit, ajoutons-nous, se sentira mal à l'aise ou las de sa propre clôture, il l'appellera à l'aide, et elle pourra entrer. Le droit positif à son tour *conditionne* l'avance du droit naturel, qui a besoin de son appel.

Si bien que les deux notions sont solidaires. La législation positive ne peut faire un pas sans que l'idéal avance, à distance respectable devant lui. Même si le droit naturel *a l'air* de lui montrer le chemin, parce qu'il porte comme un flambeau l'idée qu'il faudra sanctionner demain, il est pour une part dépendant de lui. En effet, le droit positif, s'il assimile les présents de l'idéal, contient aussi la *force*. C'est celle-ci, qui lui permet de défendre efficacement en la munissant de contrainte, la partie de droit naturel déjà incluse. Or la force, c'est-à-dire la vie matérielle, les besoins primordiaux, les circonstances sociales, le destin, a son mot à dire dans la marche du droit positif, qui ne peut rien faire sans l'assurance de sa collaboration.

Le droit naturel, dont le rôle est de précéder, marche à la

remorque, dans la mesure où le droit positif a besoin de combattre les armes à la main, avec l'aide de sa force organisée, pour arracher une règle progressive à la force brute qui se débat. L'idéal éclaire la route à faire, que la force seule peut construire. Mais tant que le premier tronçon de la route n'est pas matériellement construit, l'idéal ne peut pas éclairer la partie suivante du chemin. C'est seulement quand les matériaux du droit positif sont prêts, qu'on peut se mettre à tracer sur le papier les projets qui suivront.

Supposons que nous marchions sur un chemin inconnu; nous découvrons à chaque pas un peu plus de l'horizon. Nos pas sont les pas martelés du droit positif. L'horizon, c'est le droit naturel, qui se détend à chacun de nos pas, et qui *semble* avancer lui aussi. Mais c'est à cause de nous, de notre volonté en marche, qu'il se dépasse lui-même. Ce pourquoi nous *voulons* marcher, ce n'est pas découvrir le pont de terre qui sépare la ligne d'horizon précédente, de celle qui nous apparaît maintenant. C'est bien autre chose, le *motif* de notre marche : il peut être le besoin de gagner notre vie, la passion de faire une œuvre utile, le désir de rendre service; peut-être même le simple plaisir escompté de marcher dans la nature. Parfois, nous nous retournons, nous hésitons, nous revenons sur nos pas, inquiets ou malades. Mais il y a toujours cet horizon qui semble nous murmurer : « venez vers moi, je vous aiderai à tenir jusqu'au bout », et nous reprenons courageusement le fardeau du voyageur, car un souffle intérieur nous interdit l'immobilité, nous pousse à nous dépenser, et nous projette devant nous-mêmes. Quant au *but* de notre marche, nous l'ignorons presque toujours.

Vu : Le Président de la thèse,
Paul ESMEIN.

Vu : Le Doyen,
Edgar ALLIX.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
CHARLÉTY.

TABLE DES MATIERES

AVANT-PROPOS	1
INTRODUCTION	5
PREMIERE PARTIE : L'HOMME	
CHAPITRE PREMIER : <i>Sa Vie</i>	11
<i>Section I.</i> — Le Barreau du Parlement de Provence	11
<i>Section II.</i> — L'Administration provençale	25
<i>Section III.</i> — La suprême Politique	35
<i>Section IV.</i> — L'Exil aux bords de l'amitié	42
<i>Section V.</i> — Le bon génie de Napoléon	50
CHAPITRE DEUXIÈME : <i>Sa Personne</i>	75
CHAPITRE TROISIÈME : <i>Son Œuvre</i>	94
DEUXIEME PARTIE : LE PENSEUR	
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE : <i>Les « Idées » et les « Lumières »</i>	115
CHAPITRE PREMIER : <i>Le Temps, l'Histoire, la Tradition</i>	133
CHAPITRE DEUXIÈME : <i>La Tempête révolutionnaire</i>	146
<i>Section I.</i> — Liberté, Egalité, Fraternité	147
<i>Section II.</i> — La Révolution et l'Ordre	165
CHAPITRE TROISIÈME : <i>La Nature</i>	177
<i>Section I.</i> — La nature des choses : l'immuable	180
<i>Section II.</i> — La nature des choses : le divers	192
<i>Section III.</i> — La nature de l'homme	201
<i>Section IV.</i> — Le droit naturel	210
TROISIEME PARTIE : LE LEGISLATEUR	
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE : <i>Au Conseil d'Etat</i>	226
CHAPITRE PREMIER : <i>Les Caractères du Code civil</i>	237
<i>Section I.</i> — Notre Code est-il réaliste ?	238
<i>Section II.</i> — Notre Code est-il bourgeois ?	248
<i>Section III.</i> — Notre Code est-il complet ?	251
CHAPITRE DEUXIÈME : <i>La Propriété du Code civil</i>	263
CHAPITRE TROISIÈME : <i>La Femme du Code civil</i>	283
<i>Section I.</i> — Le mariage	286
<i>Section II.</i> — La nature de la femme	299
<i>Section III.</i> — La femme mariée	308
CONCLUSION : LE COFFRE AUX REVES	339

